

Dictamen nº: **489/09**
Consulta: **Alcalde de Getafe**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **14.10.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 14 de octubre de 2009, sobre solicitud formulada por el Alcalde Presidente de Getafe, a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 13.1.f) 2.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en adelante “*Ley del Consejo*”, sobre revisión de oficio de las Bases de convocatoria para cubrir cuatro plazas de Sargento de Policía Local de Getafe.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13 de julio de 2009 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo solicitud de dictamen preceptivo, en relación con el expediente de revisión de oficio instado por la Junta de Gobierno Local de Getafe, en su sesión de 25 de junio de 2009, de las Bases de convocatoria para cubrir cuatro plazas de Sargento de Policía Local de Getafe.

Admitida a trámite dicha solicitud con la fecha aludida, se le dio entrada con el número 371/09, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34.1 de Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, correspondiendo su ponencia por

reparto de asuntos a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá.

Sobre dicho expediente recayó el Dictamen número 416/09, aprobado por la Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 22 de julio de 2009, en el que se concluía la necesidad de retrotraer el procedimiento para conceder audiencia a los interesados, remitiendo lo actuado nuevamente al Consejo, lo que se efectúa ahora mediante escrito registrado de entrada el 21 de septiembre de 2009, en el que se interesa la emisión de nuevo dictamen por el Consejo Consultivo.

Admitida a trámite la solicitud con la última fecha aludida, se le ha dado entrada con el número 438/09, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, correspondiendo su ponencia a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente, son de interés para la emisión del dictamen los que a continuación se relacionan:

Con fecha 25 de septiembre de 2008 se aprobaron por la Junta de Gobierno Local de Getafe las “Bases generales para la selección de personal laboral y funcionario del Ayuntamiento de Getafe y de la Agencia Local de Empleo y Formación” (folios 5 a 17) y, el 5 de febrero de 2009, por la misma Junta, las “Bases específicas para la selección de personal funcionario del Ayuntamiento de Getafe, referidas a la convocatoria para cubrir 4 plazas de Sargento o Sargenta de la Policía Local, pertenecientes 2 a la O.P.E. de 2006 y 2 a la O.P.E. de 2007, por el sistema selectivo de concurso-oposición en promoción interna” (folios 18 a 39). Las Bases específicas fueron publicadas en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, número 59, de 11 de marzo de 2009.

En estas últimas Bases, figura en el apartado 3.1.2 la regulación de la fase de oposición, comprensiva de pruebas psicotécnicas, físicas, de

conocimiento y reconocimiento médico. En relación a las pruebas físicas establece el último apartado de la Base 3.1.2.b): “*En atención a lo dispuesto en el art. 59.2, Decreto 112/93, de 28 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento Marco de Organización de Policías Locales de la Comunidad de Madrid, excepcionalmente el Tribunal podrá eximir de la realización de todas o alguna de las pruebas físicas a aquellos funcionarios o funcionarias del Cuerpo de Policía Local que hayan resultado disminuidos, por accidente profesional acaecido con motivo del ejercicio de la función policial, en sus condiciones físicas, pudiendo solicitar y recabar para ello cuanta información médica considere oportuna. Igual consideración se tendrá quien, por enfermedad grave o convalecencia de intervención quirúrgica que conlleve baja laboral no pudiera realizar las pruebas físicas, previo informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, igualmente se dará el mismo tratamiento en caso de embarazo, acreditado mediante el correspondiente certificado médico. En estos casos, el o la aspirante será puntuado con la calificación mínima para ser declarado apto/a*”.

El 18 de marzo de 2009 se emitió por la Subdirección General de Gestión Administrativa dependiente de la Dirección General de Seguridad e Interior de la Comunidad de Madrid, Informe en relación a las Bases para la convocatoria de concurso-oposición para cubrir cuatro plazas de Sargento de la Policía Local de Getafe (folios 51 a 53). Atendiendo a las consideraciones formuladas en dicho Informe –que no afectaban a la Base transcrita– se procedió, el 23 de abril de 2009, a la modificación de las Bases aprobadas, modificación que se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, número 95, de 25 de mayo de 2009.

Por Decreto de 23 de junio de 2009 del Concejal Delegado Adjunto de Función Pública y Prevención de Riesgos Laborales, se procede a la aprobación de las listas de admitidos –no hay excluidos– y se fija la fecha de

celebración de la fase de concurso y del primer ejercicio de la fase de oposición (folio 90).

Constituido el Tribunal de selección en fecha 23 de junio de 2009, en dicha sesión, según el acta obrante a los folios 91 y 92 del expediente, la Secretaría da lectura al último párrafo de la Base 3.1.2.b) y advierte que el primer inciso está amparado por el artículo 59.2 del Decreto 112/1993, de 28 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento Marco de Organización de Policías Locales de la Comunidad de Madrid, mas no puede hacerse extensiva la exención a las bajas laborales y los supuestos de candidatas embarazadas, en relación a las cuales debería contemplarse la posibilidad de aplazar la realización de las pruebas físicas a un momento anterior al curso selectivo de formación y en caso de que no fuera posible y hubiesen superado las distintas pruebas de la fase de oposición que conservaran las calificaciones obtenidas para la siguiente convocatoria, por lo que plantea que procedería la revisión de oficio de las Bases de referencia, suprimiendo el apartado señalado por incurrir en el motivo de nulidad previsto en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJ-PAC), o bien que el Tribunal interprete la Base ajustada a Derecho, opción por la que se inclinó el Tribunal (folios 91 y 92).

El 25 de junio de 2009 se emite Informe del Jefe del Servicio de Personal en el que se indica que el último párrafo de la Base 3.1.2.b) podría estar incurso en la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, por lo que estima que es procedente que la Junta de Gobierno Local inicie la revisión de oficio, con indicación del procedimiento a seguir.

Sobre la base de este último Informe, por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 25 de junio de 2009, se inicia la revisión de oficio del último párrafo del apartado 3.1.b) de las Bases de la convocatoria, se

solicita dictamen del Consejo Consultivo y se acuerda la suspensión del procedimiento selectivo, Acuerdo que se notifica personalmente a los candidatos incluidos en él. No se indica en el citado Acuerdo la causa de nulidad en que se fundamenta la revisión.

Con posterioridad a la emisión de nuestro Dictamen 416/09, se procede a notificar personalmente el Acuerdo de 25 de junio de 2009 a los candidatos incluidos en el concurso-oposición, a la Presidenta del “Comité de Empresa” (sic) del Ayuntamiento de Getafe, al Presidente de la Junta de Personal del referido Ayuntamiento, y a las Secciones Sindicales de A, B, C, y D en el Ayuntamiento (folios 113 a 127).

Por sendos escritos los aspirantes al concurso-oposición presentan alegaciones coincidiendo en oponerse a la revisión de oficio por entender que la Base cuestionada no es nula de pleno derecho. Alegan que fue aprobada por el órgano competente de la Comunidad de Madrid sin formular objeciones al respecto y que el Tribunal del proceso selectivo acordó mantener la validez de la Base cuestionada; además, algunos candidatos ponen de manifiesto que la previsión contenida en ella se aplica por igual a todos los candidatos, existiendo en el caso de las embarazadas una cobertura legal adicional en el artículo 51.b) de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, así como en el artículo 14.j) del Estatuto Básico del Empleado Público. Asimismo, ponen de manifiesto que en el ínterin del procedimiento de revisión de oficio se ha producido la jubilación de un sargento y otros cinco han ascendido a una categoría superior, por lo que en aplicación de la previsión contenida en las Bases, conforme a la cual “*el número de plazas convocadas se verá incrementado por las vacantes que se produzcan con posterioridad a la presente convocatoria antes que se termine el proceso selectivo*”, el número de plazas ofertadas serían diez, en

tanto que los candidatos son nueve, por lo que no se produciría perjuicio a ninguno de los opositores.

Igualmente ha presentado alegaciones el representante de la Junta de Personal (folios 155 a 162), el del sindicato A (folios 163 a 165) oponiéndose al acuerdo de suspensión del proceso selectivo. Este sindicato ya había presentado alegaciones, el 6 de julio de 2009, defendiendo la legalidad de la Base discutida, citando los fundamentos legales de la misma, que son coincidentes con los señalados por algunos de los candidatos al concurso-oposición, y aduciendo la aprobación de las Bases por la Comunidad de Madrid y el acuerdo del Tribunal de mantener su validez, valorando cada caso concreto. Asimismo, denuncia maniobras dilatorias por parte del Ayuntamiento para permitir que los candidatos incursos en la situación a que se refiere la Base controvertida puedan recuperarse y presentarse a tiempo a las pruebas descritas (folios 185 a 187).

Por su parte, el sindicato B alega que debía haberse continuado el proceso selectivo e interpretar la Base acorde con el ordenamiento jurídico, que es lo que decidió el Tribunal, según consta en el acta de 23 de junio de 2009 (folio 199).

A la vista de las alegaciones formuladas, el Jefe de Servicio de Personal emite Informe de fecha 9 de septiembre de 2009, en el que “*se considera pertinente desestimarlas todas ellas, ya que no desvirtúan el acuerdo adoptado, que se ajusta al ordenamiento jurídico vigente*” y propone que se eleve a la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento acuerdo de desestimación de tales alegaciones y de confirmación del acuerdo de dicha Junta, de 25 de junio de 2009, relativo a la revisión de oficio que nos ocupa (folio 201).

Finalmente, la Junta de Gobierno Local, en su sesión de 10 de septiembre de 2009, acordó desestimar las alegaciones presentadas contra

el acuerdo adoptado por la referida Junta, referente a la revisión de oficio del apartado 3.1.2.b) de las Bases para cubrir cuatro plazas de Sargento de la Policía Local, por no desvirtuar el acuerdo adoptado, que se ajusta al ordenamiento jurídico vigente.

En este estado del procedimiento se remite el expediente al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitando la emisión del preceptivo dictamen, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 102 de la LRJ-PAC y en el artículo 13.1 .f).2º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1.letra f) 2º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y a solicitud del Alcalde de Getafe, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en virtud del artículo 14.3 de la citada Ley (“*3. Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local*“), en relación con el artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El Ayuntamiento de Getafe está legitimado para recabar dictamen de este Consejo Consultivo, por mor de lo dispuesto en el ya citado artículo 13.1.f) de la Ley del Consejo, donde se establece que: “*1. El Consejo*

Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por (...) las entidades locales (...) sobre (...) 2.º Revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes”.

Por remisión, el artículo 102.1 de la LRJ-PAC establece que: “*Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1*”.

De este precepto se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en este supuesto carácter vinculante. La referencia que el artículo 102.1 de la LRJ-PAC hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha, a partir de su creación, al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, creado por la citada Ley 6/2007, de 21 de diciembre.

SEGUNDA.- El objeto del procedimiento de revisión lo constituye una de las Bases de convocatoria de concurso-oposición para cubrir, por promoción interna, cuatro plazas de Sargento de Policía Local de Getafe.

La revisión de oficio en el ámbito local, con carácter general, se regula en el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, que dispone: “las Corporaciones Locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”.

Igualmente, los artículos 4.1.g) y 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, indican que dichas Corporaciones, dentro de la esfera de sus competencias, tienen atribuida la potestad de revisión de oficio de sus actos, resoluciones y acuerdos, con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

La señalada remisión a la legislación del Estado conduce a los artículos 102 a 106 y concordantes de la Ley 30/1992, que regulan la revisión de los actos en vía administrativa.

De conformidad con el artículo 102.1 de la LRJ-PAC anteriormente transcrita, sólo pueden ser objeto del procedimiento de revisión de oficio los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, vía por la que debe encauzarse el asunto que nos ocupa, por cuanto que, de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 157/1995, de 18 de mayo y 810/1999, de 6 de mayo), “*las convocatorias por las que se rigen los concursos o concursos-oposiciones constituyen actos administrativos de carácter general, por lo que resultan aplicables a la revisión de oficio las normas relativas a los actos y no las que rigen para las disposiciones generales*”.

Las Bases objeto de revisión fueron aprobadas por la Junta de Gobierno Local, al amparo del artículo 127.1.h) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, acto que pone fin a la vía administrativa ex artículo 52.2 del mismo Texto Legal, por lo que es susceptible de revisión de oficio.

TERCERA.- Al haberse iniciado de oficio la revisión del acto, el procedimiento está sometido a un plazo de caducidad, pues a tenor de lo estipulado en el artículo 102.5 de la LRJ-PAC “*cuando el procedimiento*

se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses, desde su inicio sin dictarse resolución, producirá la caducidad del mismo”.

El *dies a quo* para el computo del plazo en los procedimientos que se inician de oficio es desde la fecha del acuerdo de iniciación *ex artículo 42.3 a) de la LRJ-PAC*. En idéntico sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, en unificación de doctrina señala que la fecha de inicio es la fecha del acuerdo de inicio y no de su notificación.

Ello no obstante, dicho plazo de tres meses puede suspenderse al recabarse dictamen del Órgano Consultivo, según el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC (en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) que establece que “*El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender (...) c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o de distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses*”.

Como hemos manifestado en los antecedentes de hecho el procedimiento de revisión se inició mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 25 de junio de 2009, fecha a considerar para el inicio del cómputo del plazo de tres meses, por cuanto que no se ha acordado la suspensión del plazo al amparo del artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC, a pesar de que se advertía de esta circunstancia en nuestro Dictamen 416/09. Debe reseñarse que cuando el expediente tuvo entrada en este Consejo Consultivo –el 21 de septiembre de 2009- tan solo quedaban cuatro días para el transcurso del plazo de caducidad, por lo que en la fecha de emisión del presente Dictamen el expediente se encuentra caducado.

CUARTA.- Un análisis del fondo del asunto requiere tomar en consideración cuál es la normativa aplicable. La normativa sectorial de aplicación al acto que se pretende revisar, viene dada por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuyo artículo 39 dispone que “*Corresponde a las Comunidades Autónomas, de conformidad con la presente Ley y con la de bases de régimen local, coordinar al actuación de las policías locales en el ámbito territorial de la comunidad, mediante el ejercicio de las siguientes funciones:*

- a) *Establecimiento de las normas-marco a las que habrán de ajustarse los reglamentos de policías locales, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y en la de Bases de Régimen Local.*
- b) *Establecer o propiciar, según los casos, la homologación de los distintos cuerpos de policías locales, en materia de medios técnicos para aumentar la eficacia y colaboración de estos, de uniformes y de retribuciones.*
- c) *Fijar los criterios de selección, formación, promoción y movilidad de las policías locales, determinando los distintos niveles educativos exigibles para cada categoría, sin que, en ningún caso, el nivel pueda ser inferior a graduado escolar.*
- d) *Coordinar la formación profesional de las policías locales, mediante la creación de escuelas de formación de mandos y de formación básica”.*

Por tanto, en lo relativo a la selección y promoción de los Policías Locales hay que estar, principalmente, además de a las normas de la referida Ley Orgánica y a la legislación básica que resulte de aplicación, a las disposiciones que ha establecido la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus propias competencias.

En concreto, debe tenerse en cuenta la Ley 4/1992, de 8 julio, de la Policía Local de Madrid, desarrollada por el Decreto 112/1993, de 28 octubre, por el que se aprueba el Reglamento Marco de Organización de las Policias Locales de la Comunidad de Madrid y la Orden 1148/1997, de 24 de septiembre, del Consejero de Presidencia, por la que se aprueban las bases generales para el ingreso en los Cuerpos de Policía Local de la Comunidad de Madrid, a través de la categoría de policía.

Sentado lo anterior es preciso examinar si procede, tal y como sostiene la Corporación consultante, revisar de oficio las Bases de la convocatoria en cuestión.

Debe observarse que el Ayuntamiento de Getafe ha tramitado el expediente por la vía de la nulidad de pleno derecho, y si bien el acuerdo de inicio del expediente de revisión de oficio no invoca una concreta causa de nulidad de las previstas en el artículo 62.1 de la LRJ-PAC, el Informe del Jefe de Servicio de Personal incorporado al expediente ampara la revisión en el apartado f) del citado precepto, con arreglo al cual: “*Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*”. No obstante, la calificación hecha por la Corporación consultante no puede condicionar el pronunciamiento de este Órgano Consultivo, que examinará si concurre o no alguna de las causas previstas en el artículo 62.1 LRJ-PAC, o se trata de un supuesto de anulabilidad, previsto en el artículo 63 de dicho texto legal.

En relación con la invalidez de los actos administrativos, la regla general es la anulabilidad, constituyendo la nulidad de pleno derecho la excepción, que queda reservada para las infracciones más graves en los supuestos tasados previstos en el artículo 62.1.

En el presente caso, se pretende la nulidad de parte del apartado 3.1.2.b) de las Bases, en concreto la que permite al Tribunal eximir de la realización de todas o algunas de las pruebas físicas a “*quien, por enfermedad grave o convalecencia de intervención quirúrgica que conlleve baja laboral no pudiera realizar las pruebas físicas, previo informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, igualmente se dará el mismo tratamiento en caso de embarazo, acreditado mediante el correspondiente certificado médico. En estos casos el o la aspirante será puntuado con la calificación mínima para ser declarado apto/a*”. El citado apartado equipara las situaciones de enfermedad grave, convalecencia de intervención quirúrgica que conlleve baja laboral, y de embarazo con la prevista, excepcionalmente, en el artículo 59.2 del Decreto 112/1993 que prevé: “*Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo primero del apartado 1 de este artículo, excepcionalmente, las Bases de las convocatorias podrán eximir de la realización de todas o alguna de las pruebas físicas a aquellos funcionarios del Cuerpo de Policía Local que hayan resultado disminuidos, por accidente profesional acaecido con motivo del ejercicio de la función policial, en sus condiciones físicas*”.

Dicho precepto está ubicado en el Capítulo I del Título IV, relativo a la promoción interna y movilidad, regulando, para el caso de promoción interna la fase de oposición y establece en su apartado primero que: “*Las pruebas a superar, en la fase de oposición serán análogas a las que, para el ingreso a los Cuerpos de Policía Local a través de la categoría de Agente, establece el artículo 29 de las presentes Normas Marco, con la excepción de que, en las convocatorias para cobertura de plazas correspondientes a la categoría de Suboficial y superiores a ésta, no se incluirán en las bases, pruebas físicas*”. De lo que se desprende que una de las pruebas a superar serán las pruebas físicas, que forman parte de la fase de oposición.

Es preciso, pues, examinar si es o no conforme a Derecho la dispensa que efectúa la Base 3.1.2.b) de la convocatoria de la obligación de realizar pruebas físicas para la promoción interna a la escala de Sargento que es objeto del presente dictamen.

El Ayuntamiento de Getafe entiende que dicha disposición es nula de pleno derecho, por tratarse de un acto por el que se adquieren facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición (artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC). Sin embargo, este Consejo no comparte la invocación de la causa de nulidad prevista en el referido apartado por cuanto que hace referencia a actos de reconocimiento de derechos que resultan ser contrarios al ordenamiento jurídico por no reunir el destinatario del acto los requisitos esenciales para el nacimiento del derecho reconocido. Ahora bien, en el caso que nos ocupa no estamos ante un acto que merezca tal calificación en cuanto que el objeto de la revisión lo constituye la aprobación de unas Bases de convocatoria de proceso selectivo que, en sí mismo, no es un acto declarativo de derechos. Cuestión distinta es que el objeto de la revisión fuera un acto de nombramiento de una determinada persona como Sargento.

Descartada la causa f) como motivo de nulidad de la cuestionada Base, la única en la que cabría amparar la revisión de oficio sería, en su caso, la prevista en el apartado a), es decir, la lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y, en concreto, del derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, previsto en el artículo 23.2 de la Constitución.

Centrada en estos términos la discusión, debe analizarse si efectivamente la meritada Base conculca el referido derecho, lo que requiere traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho de acceso a la función pública.

A pesar de que el artículo 23.2 de la Constitución sólo contiene el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, sin referencia alguna a los principios de mérito y capacidad, el Tribunal Constitucional ya estableció en su Sentencia 50/1986, de 23 de abril que existe una necesaria relación recíproca entre los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, de donde se sigue que el primero de ellos impone la obligación de no exigir para el acceso a las funciones y cargos públicos requisito o condición que no será referible a los aludidos principios de capacidad y mérito. Así pues, no existe objeción a considerar que los aludidos principios de mérito y capacidad se proyectan en la esfera del derecho fundamental recogido por el artículo 23.2 de la Constitución.

Las Bases de la Convocatoria objeto del presente dictamen, ampliando el ámbito del artículo 59.2 del Decreto 112/1993, eximen de la de las pruebas físicas de la fase de oposición de promoción interna a los que se encuentren en situación de baja laboral por enfermedad grave o convalecencia de intervención quirúrgica y en caso de embarazo, en contra de lo previsto en el artículo 59.1 del citado Decreto, que prevé la realización de pruebas físicas en la promoción interna, con la excepción de las convocatorias para cobertura de plazas correspondientes a la categoría de Suboficial y superiores a ésta. Sin embargo, para que haya lugar a la revisión de oficio es necesario que dicho acto vulnere el contenido esencial del derecho al acceso en condiciones de igualdad a la función pública.

El Tribunal Constitucional ha precisado que sólo cuando la infracción de las normas o bases reguladoras del proceso selectivo implique a su vez una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esa dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el artículo 23.2 CE, lo que de suyo exige la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad, como

subrayan las SSTS 115/1996, de 25 de junio, F. 4 y 73/1998, de 31 de marzo, F. 3 c.

La Sentencia de 18 de abril de 1989 del Tribunal Constitucional parte de la premisa de que el principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas ha de ponerse en conexión con los de mérito y capacidad reconocidos por el artículo 103 y que implican una determinada regulación legal, ya que a la misma se remiten ambos artículos, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, quedando limitada tal libertad por la necesidad de no crear desigualdades que sean arbitrarias en cuanto ajenas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad. En consecuencia, la misión del más Alto Tribunal es únicamente la de comprobar si se ha sobrepasado ese margen de libertad creando una diferencia de trato irracional o arbitraria entre los opositores o concursantes.

En el presente caso, la Base reguladora permite al Tribunal acordar la no realización de las pruebas físicas en el supuesto de baja laboral por enfermedad grave o convalecencia de intervención quirúrgica, otorgando al aspirante “*la calificación mínima para ser declarado apto/a*”. Ello supone una dispensa de la obligación de realizar un ejercicio de la fase de oposición contrario al principio de igualdad, que perjudica al resto de los opositores concursantes, que sí tienen que superarlas para continuar en el procedimiento de oposición, pues tienen carácter eliminatorio (ex artículo 29.2 del Decreto 112/1993).

La exigencia de pruebas físicas tiene como finalidad acreditar que los aspirantes tienen la capacidad física necesaria para las funciones a realizar y así se comprueban, entre otros aspectos, las condiciones de equilibrio, velocidad, resistencia y coordinación. La Base 3.1.2 de la Convocatoria

para cubrir cuatro plazas de Sargento de la Policía Local, señala que las pruebas físicas consistirán “*en la superación de todas y cada una de las pruebas señaladas en el Anexo I...*”.

Por tanto, a la vista de la propia configuración legal de la oposición como fase del procedimiento selectivo consistente en la realización de determinadas pruebas adecuadas al tipo de trabajo a realizar en el puesto de que se trate, los aspirantes han de recibir el mismo tratamiento, pues se exige un concreto nivel de conocimientos y capacidad física para su superación.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en un supuesto similar en el que una candidata solicitaba ser eximida de las realización de las pruebas físicas por motivo de embarazo -Sentencia de 9 de enero de 2003 (JUR2003\185815)- declara que “*la finalidad de la convocatoria no puede obtenerse eximiendo a unos aspirantes de las pruebas físicas, pues no se acredita en tal supuesto la cualificación de los interesados para acceder al Cuerpo al que se aspira*”.

Por tanto, la dispensa de la realización de las pruebas físicas, ampliando la excepción prevista en el artículo 59.2 del Decreto 112/1993 a los supuestos de baja laboral por enfermedad grave o convalecencia de intervención quirúrgica y de embarazo, en cuanto excluye a unos opositores frente a otros de la necesidad de realizar unas pruebas, dando por superada las mismas con la calificación mínima, es contraria al principio de igualdad. Así lo expresa el Acta del Tribunal Calificador, de 29 de junio de 2009, incorporada al expediente (folios 86 y 87) al declarar: “*Dicha ampliación no se ajusta al ordenamiento jurídico, ya que el Ayuntamiento de Getafe carece de competencias para ampliar lo contenido en el Reglamento Marco que atiende a no mermar la posibilidad de ascenso profesional a aquel que hubiera resultado disminuido por un accidente profesional por motivo del ejercicio de la función policial, pero en ningún caso se puede tratar con*

igual consideración las bajas laborales; por otra parte esta redacción choca frontalmente con el respeto a los principios constitucionales que inspiran el proceso selectivo: Legalidad, Objetividad, Igualdad, Mérito, Capacidad.”

Además, no es posible equiparar la situación excepcional prevista en el artículo 59.2: funcionarios del Cuerpo de la Policía Local “*que hayan resultado disminuidos por accidente profesional acaecido con motivo del ejercicio de la función policial en sus condiciones físicas*”, con las situaciones de baja laboral por enfermedad grave y convalecencia de intervención quirúrgica. Así lo señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de enero de 2003, anteriormente citada, que dice lo siguiente: “*no es posible equiparar la solicitud de ser eximida de unas pruebas físicas por embarazo a la situación excepcional prevista en el artículo 59.2 del Reglamento Marco de Organización de Policias Locales que permite eximir de las pruebas físicas a aquellos funcionarios del Cuerpo de la Policía Local “que hayan resultado disminuidos por accidente profesional acaecido con motivo del ejercicio de la función policial en sus condiciones físicas”*”, porque, continúa la Sentencia: “*las Bases de la Convocatoria incorporan un “plus” a la simple merma de condiciones: que la limitación en cuestión se haya producido en acto de servicio, lo que justificaría el trato preferente al valorar positivamente el propio ejercicio de la función policial en detrimento de otras cualesquiera disminuciones (entre ellas, el embarazo) que no derivan del servicio público.*”

Frente a la excepción prevista en el artículo 59.2, que contempla una situación permanente en la que un Policía Local ve disminuidas sus condiciones físicas por un accidente profesional, las dos situaciones contempladas por las Bases son situaciones transitorias, que no impiden la posterior realización de las pruebas físicas, una vez se haya dado a luz y reestablecido del parto o haya cesado la situación de baja laboral.

La solución adoptada beneficia a unos candidatos con relación al resto de los aspirantes que sí tienen obligación de realizar las pruebas y pueden ser eliminados si no obtienen la puntuación mínima para ser calificados como aptos.

Por tanto, debe concluirse que es contrario a los principios de igualdad, mérito y capacidad que unos candidatos resulten eximidos de las pruebas físicas y otros no, con la única excepción de los funcionarios que hayan sufrido un accidente profesional y, consecuencia de éste, hayan visto disminuida su capacidad física.

Sin embargo, el que no puedan ser eximidos no supone que no pueda tenerse en cuenta la especial situación de estas personas y, en concreto, el embarazo y la imposibilidad de realizar las pruebas físicas. El que no pueda eximirse a una embarazada de la realización no supone que no se le pueda conceder un aplazamiento. Esta es la situación que apunta el Tribunal Calificador al señalar: *“a la vista de otras bases de selección, en las que se contempla que las aspirantes que no puedan realizar las pruebas físicas por embarazo o parto, debidamente acreditados, podrán realizar las demás pruebas de la fase de oposición, quedando condicionada la superación de la mencionada fase, del proceso selectivo, a la realización de las mencionadas pruebas físicas que deberán efectuarse por éstas con carácter previo al curso selectivo de formación. Si ello no fuese posible y hubiesen superado las diferentes pruebas de la fase de oposición conservarán las calificaciones obtenidas en la siguiente convocatoria.”*

El embarazo y la realización de pruebas físicas en procedimientos selectivos está contemplada en diferentes normas entre las que cabe citar, la Ley 42/1999, de 25 noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil, cuyo artículo 26 prevé:

“En los sistemas de selección no podrán existir más diferencias, por razón de sexo que las derivadas de las distintas condiciones físicas que, en su caso, puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso.

Si alguna de las aspirantes no pudiera efectuar las pruebas físicas establecidas en la convocatoria por embarazo o parto, debidamente acreditados, realizará todas las demás, quedando la plaza que, en su caso, obtuviera, condicionada a la superación de aquéllas. Para ello, la interesada podrá optar entre la fecha que, a estos solos efectos, se determine en la propia convocatoria, anterior a la de presentación de los admitidos en el centro de formación correspondiente, o la que, en su momento, se establezca para la siguiente convocatoria. Si en esta fecha tampoco pudiera realizarlas debido a otro embarazo o parto, debidamente acreditados igualmente, podrá elegir de nuevo entre las dos opciones antedichas, sin que en ninguno de estos casos le sea de aplicación los límites de edad.

Caso de que la interesada no pudiera realizar las pruebas físicas en la fecha prevista para ello en la segunda convocatoria posterior a la que obtuvo la plaza, cualquiera que fuera la causa, perderá todo derecho a la misma.”

En iguales términos se pronuncia el artículo 63.4 de la Ley 17/1999, de 18 mayo, del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.

Dentro de la normativa autonómica, el Decreto 201/2003, de 8 de julio de Andalucía, que regula el ingreso, promoción interna, movilidad y formación de los funcionarios de los Cuerpos de la Policía Local, prevé en su artículo 6:

“Si alguna de las aspirantes en la fecha de celebración de las pruebas físicas se encontrara en estado de embarazo, parto o puerperio, debidamente acreditado, realizará el resto de pruebas, quedando la

calificación, en el caso de que superase todas las demás, condicionada a la superación de las pruebas de aptitud física, en la fecha que el Tribunal determine al efecto, una vez desaparecidas las causas que motivaron el aplazamiento. Dicho aplazamiento no podrá superar los seis meses de duración, desde el comienzo de las pruebas selectivas, salvo que se acredite con certificación médica que persisten las causas, en cuyo caso se podrá aplazar otros seis meses.

Cuando el número de plazas convocadas sea superior al de aspirantes que se puedan acoger al anterior derecho, el aplazamiento no afectará al desarrollo del proceso selectivo de las restantes plazas. En todo caso, se entiende que han superado el proceso selectivo aquellos aspirantes cuya puntuación final no puede ser alcanzada por las aspirantes con aplazamiento aunque éstas superen las pruebas físicas”.

Por su parte, el Decreto 243/2008, de 16 octubre, de coordinación de policías locales, de Galicia, en su artículo 12 establece sobre la obligación de los aspirantes de concurrir a las pruebas lo siguiente:

“1. Los aspirantes deberán acudir a las pruebas en las horas y fechas de los respectivos llamamientos, sin posibilidad de aplazamiento cualquiera que hubiese sido la causa que les impidiera acudir, excepto que la excusa sea posible por tener amparo en un precepto legal, así como en el supuesto contemplado en el número siguiente.

2. En los casos de aspirantes embarazadas, o en período de parto o postparto, debidamente acreditados, se podrá aplazar para las aspirantes en las que concurra dicha circunstancia hasta seis meses el desarrollo de las pruebas físicas que les correspondiera efectuar, plazo que podría prorrogarse como máximo otros seis meses en caso justificado. Este aplazamiento de las pruebas físicas no afectará por sí solo al resto de las pruebas.

3. En cualquier caso, se le dará por superado el proceso selectivo a aquellos aspirantes que obtuvieran una puntuación final que no hubiera podido ser conseguida, aún con la obtención de la máxima puntuación posible en las pruebas físicas aplazadas, por las aspirantes que se acogieran al derecho de aplazamiento.

4. Las bases de las convocatorias establecerán que las mujeres embarazadas que prevean que por las circunstancias derivadas de su avanzado estado de gestación y previsión de parto, o eventualmente primeros días del puerperio, su coincidencia con las fechas de realización de cualquiera de los exámenes o pruebas previstos en el proceso selectivo podrán ponerlo en conocimiento del tribunal, uniendo a la comunicación el correspondiente informe médico oficial. La comunicación deberá realizarse con el tiempo suficiente y el tribunal determinará con base en la información de que disponga, si procede o no realizar la prueba en un lugar alternativo o bien un aplazamiento de la prueba, o bien ambas medidas conjuntamente.

5. En ningún caso las pruebas de reconocimiento médico estimarán como circunstancias negativas a efectos del proceso selectivo, cualquiera que fuese derivada de la situación de embarazo y lactancia. A solicitud de la mujer que acredite encontrarse en estas circunstancias, los tribunales podrán determinar que estas pruebas se realicen en cualquier otra fase o momento del proceso selectivo. También el tribunal podrá señalar razonadamente de oficio, oída la afectada, una fecha apropiada según las condiciones de la mujer que se encuentre en estas circunstancias.”

De lo expuesto debe concluirse que las Bases pueden contemplar la situación especial de embarazo de las aspirantes, teniendo en cuenta esta situación de la aspirante para conceder un aplazamiento en la realización de dichas pruebas, de acuerdo con los principios consagrados en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres y

hombres y en la Ley 7/2007 de 12 abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público. En este sentido la Ley 3/2003, su artículo 51.b) regula los criterios de actuación de las Administraciones Públicas, indicando, entre otros, el de “*facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional*”. Por su parte, el Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007 de 12 abril en su artículo 14.j) establece como derecho individual de los empleados públicos la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

En cuanto a la posibilidad de contemplar en las Bases de Convocatoria un aplazamiento en la realización de las pruebas físicas para los que se encuentren en una situación de baja laboral por enfermedad grave o convalecencia de intervención quirúrgica, sólo podrá admitirse cuando se considere por el Tribunal Calificador como un supuesto de fuerza mayor, de conformidad con la Base 6.3 de las Bases Generales para la Selección de Personal Laboral y Funcionario del Ayuntamiento de Getafe y de la Agencia Local de Empleo y Formación, que dispone: “*Los y las aspirantes serán convocados para los ejercicios en llamamiento único. Salvo casos de fuerza mayor, invocados con anterioridad, debidamente justificados y apreciados por el Tribunal Calificador con absoluta libertad de criterio; la no presentación de una persona aspirante a cualquiera de los ejercicios obligatorios en el momento del llamamiento, determinará automáticamente el decaimiento de su derecho a participar en el mismo ejercicio y en los sucesivos, quedando excluida, en consecuencia, del procedimiento selectivo.*”

A la vista de las anteriores consideraciones, cabe afirmar que el inciso final del apartado b) de la Base 3.1.2., en cuanto exime de la realización de las pruebas físicas a los que se encuentren en situación de baja laboral por enfermedad grave o convalecencia de intervención quirúrgica o en caso de embarazo, dando por superadas las pruebas, incurre en vulneración del

derecho fundamental a la igualdad en el acceso a las funciones públicas reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución y procede, en consecuencia, la revisión de oficio de tal procedimiento de acceso y, por consiguiente, la declaración de su nulidad.

En mérito a lo que antecede, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- A la fecha de aprobación del presente informe, el procedimiento de revisión de oficio ha caducado al no constar en el expediente que se ha notificado a los interesados la suspensión del procedimiento de revisión para solicitar dictamen del presente Consejo.

Segunda.- Procedería la revisión de oficio de las Bases de la Convocatoria para cubrir cuatro plazas de Sargento de la Policía de la Policía Local del Ayuntamiento de Getafe, al concurrir la causa prevista en el artículo 62.1.a) LRJ-PAC.

El presente Dictamen es vinculante.

Madrid, 14 de octubre de 2009