



Data:	Núm. EXP: 5/2022/C00083
DEPARTAMENT: Unitat de Planificació i Desenvolupament de Recursos Humans	
OBJECTE: INCOACIÓ D'EXPEDIENT ADMINISTRATIU PER TRAMITAR LA DECLARACIÓ DE LESIVITAT	

RESOLUCIÓ DE TINENÇA D'ALCALDIA

Antecedents

Per resolució de tinència d'alcaldia de Serveis Generals, número 2022/4200 de data 21 de juliol, van ser aprovades la convocatòria i les bases reguladores del procés de selecció per a la cobertura definitiva de tres places de caporal del cos de la policia local, enquadrades dins el grup d'administració especial, sots-escala de serveis especials, classe policia local, subgrup C2, de la plantilla de personal funcionari, mitjançant el sistema de selecció de concurs oposició, reservades al torn de promoció interna.

Les bases de la convocatòria van ser publicades íntegrament al Butlletí Oficial de la província de Barcelona de data 25 de juliol de 2022 i extracte de la convocatòria al Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya número 8721 de data 1 d'agost de 2022 i al BOE número 185 de data 3 d'agost de 2022.

Per resolució de la tinència d'alcaldia de Serveis Generals número 2022/4703 de data 26 d'agost de 2022, va ser aprovada la relació provisional de persones admeses i excloses, així com la composició de l'òrgan de selecció i la data de constitució del mateix (20.09.2022) i d'inici de les proves (22.09.2022).

Atès que la base setena de les bases, requeria la superació de la prova mèdica, segons es transcriu a continuació:

"5è. Exercici. Prova mèdica.

Valorada la fase de concurs i d'acord amb la puntuació total del procés de selecció, obtinguda per les persones aspirants, es convocarà per realitzar la prova mèdica, a les persones aspirants classificades en les tres primeres posicions.



Consistirà en un reconeixement mèdic, realitzat per metges o metgesses col·legiats, per comprovar que no es detecta en les persones aspirants l'existència de cap de les exclusions mèdiques establertes en l'annex 2 d'aquesta convocatòria.

Es qualificarà amb el resultat d'apta/e o no apta/e. Les persones aspirants declarades no aptes quedaran excloses del procés selectiu.

En cas que alguna de les tres persones resultés no apta/e es convocarà a l'aspirant que correspongui d'acord amb l'ordre de classificació..

Atès que l'annex 2 de les bases, en el que es detallen les causes que comportarien la qualificació de no apte a la prova mèdica, al punt 11.5, indica:

“11.5 Tatuatges que siguin visibles amb la uniformitat reglamentària.”

Fonaments de dret

L'annex 2 de les bases reguladores estableix una limitació per aquelles persones que tinguin tatuatges visibles amb la uniformitat reglamentària. En aquest sentit, és necessari analitzar de forma acurada la fonamentació de la mateixa i les conseqüències jurídiques que comporta.

Per una banda, cal destacar que aquesta limitació podria suposar una vulneració del dret fonamental a la pròpia imatge, garantit per l'article 18.1 la Constitució espanyola i del dret fonamental d'accés a la funció pública en condicions d'igualtat, garantit per l'article 23.2 de la pròpia Constitució.

Per una altra banda, cal tenir en compte que, en aplicació del principi de legalitat i jerarquia normativa, garantits per l'article 9 de la Constitució, aquesta limitació no es troba emparada en un precepte legal d'aplicació, donat que no es troba recollida a la Llei 16/1991, de 10 de juliol, de les policies locals de Catalunya, ni a cap altre normativa d'aplicació supletòria directa.

El marc normatiu de referència en aquesta matèria seria el Codi d'Ètica de la Policia Local de Catalunya, aprovat per acord de governació núm. 25/2015, de 24 de febrer. I en aquest sentit, que no justificaria una limitació genèrica als tatuatges visibles.

Existeix jurisprudència molt extensa al respecte i de la seva evolució es desprèn que aquest tipus de limitacions poden ser establertes en les bases reguladores, sempre que existeixi una motivació que l'acrediti i sempre que aquesta no sigui establerta de forma genèrica.

En aquest sentit, han estat dictades sentències com les que es detallen a continuació



STSJ Canarias (sede Santa Cruz) (Contencioso) de 9 julio de 2021 (EDJ 2021/838297)

STSJ Canarias (sede Santa Cruz) (Contencioso) de 8 julio de 2021 (EDJ 2021/837837), Aquesta sentència conté la següent fonamentació: "No hay discrecionalidad en lo que se puede observar y medir. Es un tema fáctico que ha de ser probado. El expediente administrativo no prueba ninguna causa de exclusión por razón de las normas de apariencia externa y presentación al servicio. En consecuencia debe ser estimada la reclamación del recurrente continuando en el proceso selectivo "

STSJ Madrid (Contencioso) de 13 enero de 2017 (EDJ 2017/18768)

TSJ Castilla-La Mancha (Contencioso), sec. 1ª, S 12-05-2020, nº 69/2020, rec. 162/2018

Un altre element a destacar és la el caràcter vinculant de les bases reguladores d'un procés de selecció, un cop adquireixen fermesa. En aquest sentit, segons doctrina del Tribunal Suprem, la manca d'impugnació de les mateixes no comporta la subsanació de les il·legalitats que puguin contenir i poden ser impugnats els actes administratius que constitueixen el procés en moment posterior, sempre que s'al·legui i s'acrediti que la decisió constitueix un acte administratiu nul de ple dret, que aquesta comporta una violació de drets fonamentals o quan el resultat final del procés suposi un perjudici de difícil reparació per la persona afectada pel mateix.

El caràcter vinculant de les bases reguladores és extensiu a l'Administració, al Tribunal i als aspirants i només podran ser revisades mitjançant el procediment establert als articles 106 i següents de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques.

Segons l'article 15.5 del Reial Decret 364/1995, de 10 de març, pel que s'aprova el Reglament General d'Ingrés del personal al servei de l'Administració General de l'Estat i de provisió de llocs de treball i promoció professional dels funcionaris civils de l'Administració General de l'Estat, d'aplicació supletòria a les entitats locals:

"Las convocatorias o sus bases, una vez publicadas, solamente podrán ser modificadas con sujeción estricta a las normas de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común."

Segons el precepte anterior, la modificació de les bases o convocatòries un cop publicades implica la realització dels mateixos tràmits que es van dur a terme per a la aprovació inicial de la convocatòria, incloent la nova obertura de termini per la presentació d'instàncies.

No obstant allò exposat anteriorment, resulta rellevant per a la modificació de les bases el moment procedimental en què es troba la convocatòria, essent d'especial rellevància si és previ a l'aprovació de la llista provisional d'admesos i exclosos o posterior. En aquest sentit, la sentència del TS dictada el 16 de juliol de 1982 fa palès que " la simple presentación de una instancia para participar en una prueba selectiva, sobre la cual aún no se ha pronunciado la Corporación, no es más que una simple expectativa de derecho y no un



auténtico derecho que solo surge a partir del momento en que pronunciándose la Corporación Local, le hubiese incluido en la lista provisional de admitidos.”

Cal profunditzar en la fase actual en què es troba el procés selectiu, publicació de llistat de persones admeses i excloses. En aquest sentit, s'ha d'estar a les conseqüències jurídiques d'aquesta publicació. A partir de la publicació d'aquest llistat, es genera el dret dels interessats a que el procés es desenvolupi segons allò establert a les bases de la convocatòria, i per tant, qualsevol modificació que afecti a les normes establertes pel procés requereix que es segueixi el procediment establert per la revisió dels actes declaratius de drets.

La Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques, va establir un mecanisme de revisió dels actes administratius per iniciativa pròpia o a sol·licitud de l'interessat.

En virtut de l'article 48 d'ela Llei 39/2015, “*Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.*”

L'article 107 de la Llei 39/2015 de Procediment Administratiu Comú, estableix en relació a la declaració de lesivitat dels actes anul·lables:

“1. *Las Administraciones Públicas podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contenciosoadministrativo los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48, previa su declaración de lesividad para el interés público.*

2. *La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 82. Sin perjuicio de su examen como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el proceso judicial correspondiente, la declaración de lesividad no será susceptible de recurso, si bien podrá notificarse a los interesados a los meros efectos informativos.*

3. *Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad, se producirá la caducidad del mismo.*

4. *Si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia.*

5. *Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad.”*

En relació al tràmit d'audiència prèvia, cal estar a allò estipulat per l'article 82 de la Llei 39/20015:

“1. *Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, para lo que se tendrán en cuenta las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. La audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del informe del*



órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento.

2. Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

3. Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite.

4. Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

(...)"

En aquest sentit, esdevé necessària l'aprovació de la declaració de lesivitat per part del Ple Municipal d'aquesta Corporació, de forma prèvia a la impugnació posterior de l'acte anul·lable davant el jutjat contenciós administratiu. La declaració de lesivitat requereix l'audiència prèvia dels interessats en l'acte administratiu objecte de la mateixa.

D'acord amb allò establert a l'article 3.3 d) del Reial Decret 128/2018, de 16 de març, pel que es regula el règim jurídic dels funcionaris de l'Administració Local amb habilitació de caràcter nacional, en relació a aquesta matèria, és preceptiu l'informe previ de secretaria, que podrà consistir en una nota de conformitat, segons l'article 3.3, " *La emisión del informe del Secretario podrá consistir en una nota de conformidad, en relación con los informes que hayan sido emitidos por los servicios del propio Ayuntamiento y que figuren como informes jurídicos en el expediente*".

Per tot allò expressat anteriorment, i de conformitat amb les atribucions que li han estat conferides pel Decret de l'Alcaldia número 2021/2366, de data 13 d'abril de 2021, complementat pel Decret de l'Alcaldia 2022/2811, de 19 de maig de 2022, **RESOLC:**

Primer:- INCOAR l'expedient administratiu per tramitar la declaració de lesivitat de l'acte administratiu que es detalla a continuació i instar al Ple Municipal a l'aprovació de la mateixa, d'acord amb allò establert a l'article 107 de la Llei 39/20105, d'1 d'octubre, de Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques:

Convocatòria i bases reguladores del procés de selecció per a la cobertura definitiva de tres places de caporal del cos de la policia local, enquadrades dins el grup d'administració especial, sots-escala de serveis especials, classe policia local, subgrup C2, de la plantilla de personal funcionari, mitjançant el sistema de selecció de concurs oposició, reservades al torn de promoció interna, aprovada per resolució de tinència d'alcaldia de Serveis Generals, número 2022/4200 de data 21 de juliol.

Les bases van ser publicades íntegrament al Butlletí Oficial de la província de Barcelona de data 25 de juliol de 2022 i extracte de la convocatòria al Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya número 8721 de data 1 d'agost de 2022 i al BOE número 185 de data 3 d'agost de 2022.



Aquesta declaració es fonamenta en l'anul·labilitat de l'acte administratiu, segons allò establert a l'article 48 de la Llei 39/2015, en relació a la limitació establerta a l'annex 2 de les bases reguladores de la convocatòria, en què es detalla al punt 11.5 com a causa de no superació de la prova mèdica,:

“11.5 Tatuatges que siguin visibles amb la uniformitat reglamentària”

Segon.- Traslladar la present resolució als interessats per tal que al·leguin i presentin els documents i justificacions que considerin addients, en el termini màxim de 10 dies.

Tercer.- Notificar la present resolució a les persones al departament de Recursos Humans i Organització, a la direcció d'àmbit de Serveis a la Ciutadania i a l'inspector cap del cos de la policia local i a totes aquelles persones interessades en el present procediment.

Així ho mana i signa la sotasignada i el secretari general ho certifica.

Viladecans, a data de la signatura electrònica