

Dictamen nº: **48/18**
Consulta: **Alcalde de Villaviciosa de Odón**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **01.02.18**

Dictamen del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 1 de febrero de 2018, sobre la consulta formulada por el alcalde de Villaviciosa de Odón a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre la solicitud de revisión de oficio planteada por Dña. (en adelante “*la solicitante*”) de la resolución de la Concejalía de Recursos Humanos de 27 de octubre de 2008, por la que fue nombrada funcionaria con la categoría de auxiliar administrativo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de diciembre de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de consulta del alcalde de Villaviciosa de Odón a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio sobre revisión de oficio de la resolución de la Concejalía de Recursos Humanos de 27 de octubre de 2008, por la que la solicitante fue nombrada funcionaria con la categoría de auxiliar administrativo.

SEGUNDO.- Examinada la siguiente documentación resultan los siguientes hechos de trascendencia para la resolución del presente procedimiento.

1.- El 12 de julio de 2017 tuvo entrada en el registro del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón una solicitud de la reclamante por la que solicita la “*anulación*” de su nombramiento como auxiliar administrativo en el citado Ayuntamiento.

El escrito recogía que la solicitante es funcionaria de carrera del Ayuntamiento con categoría de policía local, escala de administración especial, si bien dejaba en blanco la fecha de su nombramiento.

Exponía que tras haberse declarado su incapacidad permanente total para su profesión habitual el 3 de noviembre de 2008 pasó a desempeñar el puesto de auxiliar administrativo conforme lo dispuesto en el Acuerdo para el personal funcionario entonces vigente que establecía esa posibilidad lo que se llevó a cabo por resolución de 27 de octubre de 2008 de la Concejalía de Recursos Humanos.

Considera la reclamante que dicha resolución fue dictada prescindiendo totalmente del procedimiento sin tener en cuenta que la solicitante era funcionaria del cuerpo de policía local.

Expone que el Reglamento regulador de la segunda actividad de los funcionarios del cuerpo de policía local del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón, recientemente aprobado, posibilita regularizar la situación de la solicitante mediante su pase a la situación de segunda actividad sin disminución de las retribuciones básicas y complementarias.

Por ello solicita su pase a segunda actividad y que se anule su nombramiento como auxiliar administrativo.

2.- El 16 de agosto de 2017 el concejal delegado de Recursos Humanos acuerda incoar un procedimiento de pase a segunda actividad, rechaza la anulación solicitada al ser necesaria la previa tramitación de un procedimiento de revisión y requiere a la reclamante para que mejore su solicitud de revisión al amparo del artículo 68.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

3.- El 30 de agosto de 2017 la solicitante presenta un escrito en el que manifiesta que la resolución de la Concejalía de 27 de octubre de 2008 es nula de pleno derecho y carece de efecto al haber sido dictada prescindiendo total y absolutamente de los procedimientos de selección legalmente establecidos con vulneración del derecho de la solicitante a mantener su categoría profesional de agente de policía local con todos los derechos inherentes a esa condición.

En el escrito hace asimismo referencia a su solicitud de paso a segunda actividad debiendo destacarse que la solicitante indica que si no se dispusiera de otro puesto podría continuar en el puesto de trabajo que ocupa pero en situación de segunda actividad.

Solicita la revisión del oficio al amparo de los artículos 47.1 e) de la LPAC y 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

Aporta documentación relativa a sus nombramientos como policía en los Ayuntamientos de Madrid y Villaviciosa de Odón, resolución de 10 de julio de 2008 del Instituto Nacional de la Seguridad Social por la que se declara su incapacidad permanente total para el ejercicio de la profesión habitual y la citada resolución de 27 de octubre de 2008.

4. Con fecha 2 de octubre de 2017 emiten informe los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón.

En el escrito recuerda que la solicitante tras su declaración de incapacidad permanente total planteó al Ayuntamiento su traslado a un puesto de trabajo distinto lo que fue informado favorablemente por la jefa del Servicio de Personal al amparo del artículo 68 de la entonces vigente Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y del artículo 47 del Acuerdo Colectivo de Funcionarios del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón.

Considera el informe que la solicitud de revisión no concreta la concurrencia de los requisitos de la causa de nulidad invocada y ello pese a que fue requerida para la mejora de la solicitud.

Por ello entiende que ha de acudir al expediente de la solicitante en el que consta la solicitud de rehabilitación de la solicitante así como un informe de la jefa de personal en el que se reconoce su derecho a otro puesto de trabajo y su posterior nombramiento.

Recuerda que el Estatuto Básico del Empleado Público contempla la incapacidad permanente como una causa de jubilación si bien prevé la posibilidad de que, desaparecida la causa que la motivó, pueda solicitarse la rehabilitación de la condición de funcionario. Asimismo el Acuerdo Colectivo de funcionarios del Ayuntamiento prevé el ofrecimiento a los empleados con incapacidad permanente de un puesto acorde a sus condiciones en la siguiente relación de puestos de trabajo.

Entiende el informe que desaparecida la situación de incapacidad permanente debía haber sido rehabilitada como agente de la policía local si bien se procedió a nombrarla como auxiliar administrativo. Por ello "*parece evidente*" que el nombramiento no cumple los requisitos de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de tal forma que se

prescindió total y absolutamente del procedimiento, adoleciendo la resolución de 27 de octubre de 2008 del vicio de nulidad.

No obstante considera que lo procedente es que la solicitante pida su rehabilitación como policía local. A continuación cita el artículo 110 LPAC en cuanto a los límites a la revisión de oficio pero sin pronunciarse en cuanto a su aplicación en el presente caso.

Entiende que el expediente ha de ser sometido a dictamen del Consejo de Estado al carecer la Comunidad de Madrid de un órgano equivalente.

Con fecha 10 de octubre de 2017 se concedió audiencia a la solicitante que presentó escrito el 6 de noviembre en el que se ratifica en su petición inicial. Considera que en ningún momento fue objeto de jubilación total o parcial.

Es la Ley 4/1992, de 8 de julio, de Coordinación de Policías locales de la Comunidad de Madrid la que en su artículo 39 establece que los policías locales que vean disminuida su capacidad por enfermedad o edad puedan pasar a situación de segunda actividad en el mismo Cuerpo o, si ello no fuera posible, pasar a prestar servicios complementarios adecuados a su categoría en otros puestos de trabajo.

Entiende que lo que se produjo fue una formalización improcedente con un segundo nombramiento como funcionaria y destaca que ha de recabarse el dictamen de esta Comisión conforme la Ley 7/2015.

Consta un nuevo informe de los Servicios Jurídicos municipales en el que se concluye que la solicitante fue objeto de jubilación por incapacidad permanente el 9 de julio de 2008 y posteriormente pasó a

desempeñar un puesto de trabajo como “*funcionaria en propiedad con la categoría de auxiliar administrativo*”.

TERCERO.- El 28 de noviembre de 2017 el alcalde de Villaviciosa de Odón solicita el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora en el expediente de revisión de oficio, teniendo entrada en esta Comisión el día 11 de diciembre.

Al no haberse solicitado a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio el secretario de la Comisión Jurídica Asesora procede ese mismo día a remitir la solicitud a la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio dando cuenta de ello al alcalde de Villaviciosa de Odón.

La solicitud del dictamen por el consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio tiene entrada en esta Comisión el 26 de diciembre de 2017.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f) b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre y a solicitud del alcalde de Villaviciosa de Odón cursada a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación de Territorio de la Comunidad de Madrid conforme establece el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Al iniciarse el procedimiento de revisión el 12 de julio de 2017, se rige por la LPAC. Al tratarse de un procedimiento de revisión el plazo máximo para resolver es de seis meses conforme el artículo 106.5 de la LPAC. Al tratarse de una solicitud de revisión de oficio el transcurso de dicho plazo no determina la caducidad del procedimiento.

En la revisión de oficio, el artículo 106.1 de la LPAC establece la posibilidad de que las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Para ello será necesario que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la LPAC, y, desde el punto de vista del procedimiento, que se haya recabado dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, y que éste tenga sentido favorable.

Por tanto, 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.

SEGUNDA.- 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 (LBRL), que permite a las Corporaciones Locales 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.

En lo que respecta a la potestad de revisión de oficio esta Comisión viene recordando reiteradamente que se trata de una potestad exorbitante de la Administración para dejar sin efectos sus

actos al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva y sólo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013 (recurso 822/2011) citando reiterada jurisprudencia la revisión de oficio aparece como “ (...) *un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva.*”

Se trata de una potestad cuyo ejercicio requiere una especial ponderación ya que, como señala la sentencia de 17 de enero de 2006 (recurso 776/2001) se trata de confrontar dos exigencias contrapuestas, el principio de legalidad y el de seguridad jurídica por lo que solo procede la revisión en “*concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros.*”

Para la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de julio de 2016 (recurso 319/2016) se trata de un medio

extraordinario de revisión que debe ser interpretado de forma restrictiva.

En definitiva, como señaló la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de junio de 2017 (recurso 281/2016) la revisión de oficio no es una vía indirecta de impugnación para reabrir plazos frente a actos que hayan ganado firmeza.

TERCERA.- La solicitante de la revisión de oficio plantea la posible nulidad de la Resolución de la Concejalía de Recursos Humanos de 29 de octubre de 2009, por la que fue nombrada funcionaria con la categoría de auxiliar administrativo al entender que se dictó prescindiendo del procedimiento establecido. Si bien su solicitud inicial apenas explicaba la causa de nulidad, en su escrito de alegaciones viene a exponer que, si bien se dictó por el Instituto Nacional de la Seguridad Social su incapacidad permanente total con fecha de efectos 9 de julio de 2008 que sería revisable con fecha 1 de julio de 2010, en ningún caso se produjo su jubilación sino que debía haber sido pasada a la situación de segunda actividad conforme la legislación de policías locales. Por ello considera que “*nunca ha perdido*” la condición de policía local, razón por la que solicita su pase a segunda actividad como principal pretensión ejercitada.

Esta pretensión delimita la cuestión a analizar. La causa de nulidad del artículo 62.1 e) de la LRJ-PAC y actual artículo 47.1 e) de la LPAC exige que no se haya seguido ningún procedimiento o que se hayan omitido trámites sustanciales del mismo.

En este caso, en el, ciertamente escueto, expediente personal de la reclamante tan solo consta la declaración de incapacidad permanente total de la reclamante por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social pero no su jubilación como funcionaria del cuerpo de policía

local aun cuando sí consta su baja como trabajadora en el régimen general de la Seguridad Social con fecha 9 de julio de 2008.

Partiendo de esa premisa consta el escrito de la solicitante en el que pide “*ser admitida en el Ayuntamiento (...) como refleja el convenio*” aludiendo a que ha pasado un “*tribunal médico favorable*” del cual no existe constancia alguna en el expediente remitido.

A raíz de esa petición emite informe la jefa del Servicio de Personal reconociendo el derecho de la solicitante a otro puesto de trabajo conforme el Acuerdo colectivo (informe en el que consta la firma de la solicitante) y a continuación el nombramiento como auxiliar administrativo de la solicitante.

De ello se deriva que sí existió un procedimiento como fue la solicitud de incorporación a otro puesto, un informe de personal y el nombramiento de la solicitante como auxiliar administrativo al amparo del Acuerdo sobre personal funcionario.

Por tanto no puede considerarse que concurra la citada causa de nulidad que exige bien que se omita todo procedimiento (sentencia de 11 de mayo de 2006 (recurso 6822/2003)) o bien que se hayan omitido trámites esenciales (sentencia de 28 de febrero de 2007 (recurso 5191/2003)).

La solicitante no explica cuáles fueron los trámites incumplidos que pudieran justificar la nulidad y, en alegaciones, cita la Ley 4/1992, de 8 de julio, de Coordinación de Policías locales de la Comunidad de Madrid.

El artículo 39 de dicha Ley contempla la posibilidad del pase a segunda actividad de los policías que tengan disminuida su capacidad, por enfermedad o por razón de edad, para cumplir el servicio ordinario. Esa segunda actividad se prestará en el mismo Cuerpo al que

pertenezcan, desempeñando otras funciones, de acuerdo con su categoría y, si ello no fuese posible, ya por falta de plazas, ya por motivos de incapacidad, podrán pasar a prestar servicios complementarios adecuados a su categoría en otros puestos de trabajo de la misma Corporación Local. Para ello es imprescindible que un tribunal médico constate la capacidad para desarrollar otras funciones tal y como establece el artículo 91 del Reglamento Marco de Organización de las Policías Locales de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 112/1993, de 28 de octubre.

Como decimos no consta que la solicitante pidiese en su momento el pase a la segunda actividad (folio 21 del expediente personal) aunque en el mismo se aluda a un “*tribunal médico*” sino que menciona expresamente la posibilidad general que a todos los funciones les reconoce el Acuerdo de condiciones de trabajo.

Por tanto, la cuestión no es la nulidad de la resolución que adjudicó el puesto de auxiliar administrativo a la reclamante sino si la misma se produjo como consecuencia del reconocimiento de la situación de segunda actividad a la solicitante o bien si se adjudicó como consecuencia de la previsión general del Acuerdo de personal funcionario.

A favor de lo primero estaría la referencia a la intervención de un tribunal médico del cual no existe constancia alguna en el expediente.

Si bien la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de abril de 2010 (recurso 155/2010) considera que la incapacidad permanente total no es incompatible con la situación de segunda actividad para que tal situación sea reconocida es preciso que sea, bien solicitada bien tramitada de oficio, tal y como establece el artículo 91 del citado Decreto 112/1993.

Aun cuando el principio de congruencia no deba ser aplicado en el procedimiento administrativo de una forma tan estricta como se aplica en el ámbito judicial (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2004 (recurso 5753/2001)) no cabe plantear una revisión de oficio (procedimiento claramente excepcional) apartándose de la solicitud planteada en su día (ocho años antes) ante la Administración, por cuanto ello podría considerarse que atenta contra la buena fe, límite a la revisión recogido en el artículo 110 de la LPAC que reproduce el anterior artículo 106 de la LRJ-PAC.

Teniendo en cuenta ese dato y que la solicitud formulada en su día aludía expresamente al Acuerdo sin que conste que solicitase el pase a segunda actividad no puede decirse que el procedimiento seguido fuera inexistente o con omisión de tramites esenciales.

Todo ello sin que proceda entrar en la petición de la solicitante en cuanto a que le sea reconocida la situación de segunda actividad, cuestión ajena a la presente revisión de oficio y que deberá resolver el Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede la revisión de oficio de la resolución de la Concejalía de Recursos Humanos de 27 de octubre de 2008, por la que fue nombrada funcionaria con la categoría de auxiliar administrativo.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta

Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 1 de febrero de 2018

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 48/18

Sr. Alcalde de Villaviciosa de Odón

Pza. de la Constitución, 1 – 28670 Villaviciosa de Odón