

Dictamen n<sup>o</sup>:           **334/14**  
Consulta:               **Alcalde de Alcorcón**  
Asunto:                 **Revisión de Oficio**  
Aprobación:           **30.07.14**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 30 de julio de 2014, sobre solicitud formulada por el alcalde del Ayuntamiento de Alcorcón, a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz de Gobierno de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 13.1 f) 2 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre revisión de oficio del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcorcón, por el que se aprobaron las bases generales y específicas de las plazas afectadas por el proceso de funcionarización incluidas en la oferta de empleo de 2011.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 16 de junio de 2014 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid una solicitud de consulta del alcalde del Ayuntamiento de Alcorcón, formulada a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, sobre la revisión de oficio del Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcorcón, en sesión celebrada el 1 de febrero de 2011, por el que se aprobaron las bases generales y específicas de las plazas afectadas por el proceso de funcionarización.

**SEGUNDO.-** Del examen del expediente administrativo remitido se desprenden los siguientes hechos relevantes para la emisión del dictamen:

Con fecha 25 de abril de 2013, el informe de fiscalización del Ayuntamiento de Alcorcón, sus empresas y sus organismos autónomos emitido por la Cámara de Cuentas de Madrid relativo al ejercicio 2010 recogió diversas anomalías del proceso de funcionarización llevado a cabo por el Ayuntamiento de Alcorcón en el periodo 2010-2011 (documento nº 7).

Destacaba dicho informe que la funcionarización se aprobó por Acuerdo del Pleno de 27 de diciembre de 2010 mediante procedimiento urgente, presentando “*importantes defectos*” tales como:

- No se publicó oferta de empleo anterior a la convocatoria.
- Diecinueve trabajadores tomaron posesión en dos puestos de trabajo y tres en tres puestos de trabajo.
- Se funcionarizaron puestos de trabajo correspondientes a oficios que no deberían tener carácter funcional.
- En cincuenta y seis casos el trabajador ocupó la misma plaza que ocupaba con anterioridad y en veintiocho se ocupó una plaza de superior categoría. Al respecto las bases establecían que las plazas de origen quedarían amortizadas.
- En varios casos los trabajadores no reunían el requisito de ser personal laboral fijo.

A la vista del citado informe de fiscalización, el Ayuntamiento de Alcorcón solicitó informe el 25 de abril de 2013 a la Dirección General de la Función Pública de la Comunidad de Madrid.

El director general de Función Pública remitió el referido informe (documento nº 2), de fecha 22 de mayo de 2013, en el que apreciaba los siguientes motivos de nulidad de pleno derecho:

- Debería haberse hecho constar que se trataba de procesos de promoción interna sin que se puedan convocar pruebas restringidas para el personal laboral por lo que se debería haber permitido la participación del personal funcionario de carrera del grupo o subgrupo inferior al de las plazas convocadas. Cita al respecto las SsTC 27/1991, de 26 de febrero, 60/1994, de 28 de febrero y 16/1998, de 26 de enero, que admitirían esos procesos si bien las SsTC 38/2004, de 11 de marzo y 31/2006, de 1 de febrero, supondrían un cambio de criterio a posiciones más restrictivas.

- Las bases específicas exigen tan sólo ser personal laboral del Ayuntamiento en tanto que las generales exigen ser personal laboral “fijo”. Cita al efecto las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009 y 20 de junio de 1996.

- Los méritos a valorar deberían haber sido los servicios prestados en cualquier Administración pública y no sólo en el Ayuntamiento de Alcorcón. Cita al respecto abundante jurisprudencia de tribunales españoles y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- Considera que no se respetó el procedimiento de concurso-oposición toda vez que en la fase de oposición no hubo una verdadera prueba de aptitud sino otros sistemas de evaluación “*sui generis*” tales como la “*evaluación de actividades prácticas*”, la realización de una “*memoria sobre alguno de los temas del programa*” o la “*defensa del curriculum vitae*”. Cita en apoyo de ese criterio la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2009 en interés de ley.

- Igualmente entiende que debería haberse recogido en las bases que la fase de oposición tendría carácter selectivo siendo determinante para la superación del proceso. A estos efectos considera que se “*habrá de comprobar que se haya respetado dicha exigencia legal y que todos los aspirantes seleccionados tras su participación en los mismos han superado*”

*efectivamente todos y cada uno de los ejercicios previstos, en su caso, en la fase de oposición*". Cita al efecto la STC 67/1989, de 18 de abril.

En relación a los defectos apuntados por la Cámara de Cuentas el informe señalaba que:

- Era necesaria la aprobación de una Oferta de Empleo Público ya que *"Para poder convocar cualquier plaza para su cobertura por nuevo personal el EBEP exige como requisito necesario su previa aprobación en la correspondiente Oferta de Empleo Público aprobada a tal efecto, incluido en el supuesto de las plazas de promoción interna -sin prever ningún tipo de excepción al respecto, ni siquiera en los supuestos de procesos de funcionarización"*. Menciona a estos efectos los dictámenes de este Consejo 342/12, de 6 de julio y 383/12, de 27 de junio.

- Sobre el acceso de aspirantes a puestos de un Cuerpo o Escala de un Grupo superior al de su categoría de origen y toma de posesión en más de un puesto de trabajo considera que ello vulneraría la disposición transitoria 2ª de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) que permite *"(...) este tipo de procedimientos selectivos al objeto de que se encuentre desempeñando puestos de trabajo que por la naturaleza de sus funciones deban encontrarse adscritos a personal funcionario puedan adquirir dicha condición, pero sin permitir que esta vía pueda configurarse como un instrumento para el acceso a un Grupo o Subgrupo funcional de clasificación superior al Grupo Profesional de origen. (...) no hay que olvidar nuevamente a este respecto que se trata de procesos restringidos y la doctrina jurisprudencial restrictiva anteriormente citada en cuanto a la posible legalidad de los mismos"*.

Entiende asimismo que se vulnera el apartado 3 del artículo 22 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (LMRFP):

*“A propuesta del Ministro de Administraciones Públicas, el Gobierno podrá determinar los cuerpos y escalas de funcionarios a los que podrá acceder el personal laboral de los grupos y categorías profesionales equivalentes al grupo de titulación correspondiente al cuerpo o escala al que se pretende acceder, siempre que desempeñen funciones sustancialmente coincidentes o análogas en su contenido profesional y en su nivel técnico, se deriven ventajas para la gestión de los servicios, se encuentren en posesión de la titulación requerida, hayan prestado servicios efectivos durante al menos dos años como personal laboral fijo en categorías del grupo profesional a que pertenezcan o en categorías de otro grupo profesional para cuyo acceso se exija el mismo nivel de titulación y superen las correspondientes pruebas”.*

- Sobre el hecho de la toma de posesión en varios puestos de trabajo considera que, conforme la citada disposición transitoria segunda del EBEP, cada trabajador sólo puede acceder a un puesto de trabajo que sería el correspondiente a sus funciones por más que tuviera dos o más vinculaciones a través de sendas categorías laborales diferenciadas, puesto que la disposición transitoria limita la posibilidad de participar en procesos selectivos *“respecto a los cuerpos y escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos a los que desempeñe”*.

- Destaca también que el Ayuntamiento no estableció de forma clara una relación de los puestos ocupados por personal laboral y que por las funciones que realizan deben estar desempeñados por personal funcionario. Destaca a estos efectos las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 2005 y 1 de septiembre de 2007 así como el Dictamen 21/08, de 22 de octubre, de este Consejo.

- Pone de relieve que participaron en el proceso diversos aspirantes que no tenían la condición de personal laboral fijo. Menciona a tal

efecto la STC 388/1993, de 23 de diciembre y el Dictamen del Consejo de Estado nº 3740, de 24 de enero de 2002.

Por todo ello concluye que, a juicio de ese centro directivo, existe fundamento para utilizar la vía de la revisión de oficio conforme los apartados a) y e) del apartado 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), bien respecto sólo de las bases generales, entendiendo que los vicios que concurren en ellas son de tal entidad que acarrearán la nulidad de los actos dictados en su aplicación como respecto tanto de las bases generales y las específicas, opción que considera más adecuada “*por razones de seguridad jurídica*”.

De igual forma, se recabó informe de la Asesoría Jurídica municipal, de 27 de marzo de 2013, en el que concluye (documento nº 5):

- Los procesos de funcionarización deben afectar a las plazas que conforme el EBEP en relación con el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), deban ser desempeñadas por funcionarios.

- El personal de oficios podría haber sido clasificado funcionalmente mediante la modificación de la plantilla presupuestaria y la relación de puestos de trabajo durante la *vacatio legis* del EBEP.

- El Ayuntamiento de Alcorcón omitió un requisito esencial como es la adecuación de la plantilla y de la relación de puestos de trabajo en el plazo que el EBEP señalaba incurriendo en la causa de nulidad del artículo 62.1 e) de la LRJ-PAC.

- Considera que los que no fueran contratados laborales fijos no podían haber sido admitidos al proceso de funcionarización incurriendo en la mencionada causa de nulidad en tanto que en otros supuestos, que sería necesario estudiar caso por caso, el problema puede ser de anulabilidad.

Con fecha 13 de marzo de 2013, la titular de la Oficina de Apoyo a la Junta de Gobierno Local emite informe (documento nº 6) en el que considera que, en la aprobación de la modificación de la plantilla, se produjeron una serie de defectos en su tramitación tales como que se aprobase directamente por el Pleno sin aprobarse por la Junta de Gobierno como exige el Reglamento Orgánico Municipal abriendo así la posibilidad de enmiendas a los grupos municipales. Entiende que ello podría incurrir en anulabilidad conforme el artículo 63 de la LRJ-PAC.

Afirma que, si bien la normativa aplicable (artículo 169 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo) establece que si no hay alegaciones en el periodo de información pública se considerará definitivamente aprobada, al no constar en el expediente el resultado de la información pública practicada no existiría esa aprobación automática, destacando que tampoco existe publicación de la modificación de la plantilla como exige el artículo 169.5 del citado texto refundido.

La no entrada en vigor de la plantilla afectaría a la validez y eficacia del proceso de funcionarización.

En cuanto a la oferta de empleo público aprobada por la Junta de Gobierno el 1 de febrero de 2011, si bien su tramitación fue “correcta” lo cierto es que se encontraba sujeta a la condición suspensiva de la aprobación de la modificación de la plantilla.

Lo mismo cabe indicar de la aprobación en la misma fecha de la relación de puestos de trabajo.

En cuanto a las bases generales y específicas considera igualmente que, si bien su aprobación fue correcta, al estar sometidas a la condición suspensiva de los actos que las preceden podría haberse incurrido en una causa de anulabilidad conforme el artículo 63 de la LRJ-PAC susceptible de declaración de lesividad e impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa conforme el artículo 103 de dicha norma.

La Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria celebrada el 18 de diciembre de 2013, acordó la incoación del expediente de revisión de oficio al apreciarse graves deficiencias, constitutivas de vicios de nulidad de pleno derecho, que eran lesivas para los derechos fundamentales y susceptibles de amparo constitucional (documento nº 4).

El anterior Acuerdo fue publicado en el BOCM de 4 de febrero de 2014 y en el tablón de anuncios municipal así como en la página web del Ayuntamiento a los efectos de dar audiencia a los interesados que se considerasen afectados, conforme a lo previsto en el artículo 84 de la LRJ-PAC.

Igualmente, fue notificado individualmente a los empleados municipales afectados por el procedimiento, en fecha 13 de diciembre de 2013, siendo objeto de publicación en el BOCM de fecha aaa aquellas notificaciones que resultaron infructuosas.

Previo informe de la instructora, en sesión ordinaria de la Junta de Gobierno Local, de 5 de marzo de 2014, conforme a lo previsto en el artículo 42.6 de la LRJ-PAC, se acordó ampliar en dos meses el plazo de la resolución del expediente de revisión de oficio (documento nº 17).

La ampliación se basa en la necesidad de efectuar múltiples notificaciones que, a la fecha de solicitud de ampliación del plazo, no habían podido ser efectuadas en su totalidad y el elevado número de alegaciones recibidas hasta ese momento (más de 2.000) de tal forma que, pese a disponer de todos los medios personales y materiales solicitados, no podría cumplirse el plazo ordinario, que finalizaría el 18 de marzo de 2014.

Dicho Acuerdo fue notificado mediante publicación en el BOCM (aaa) a todos los posibles interesados en el procedimiento.

En ese mismo Boletín se emplazó a once interesados cuya notificación individual había sido infructuosa.

Consta diligencia de 20 de marzo de 2014 de la instructora en la que se hace constar que, finalizado el plazo concedido, cuatro interesados no habían comparecido (documento nº 20).

Se han incorporado al expediente, por haber sido así solicitado en fase de alegaciones, los informes de la Intervención Municipal, del Organismo Autónomo IMEPE y del concejal de Recursos Humanos, Administración y Asesoría Jurídica.

Igualmente se han aportado certificados de los Acuerdos plenarios de 27 de diciembre de 2010 en relación con el Acuerdo de la Mesa General de Negociación del Convenio Colectivo y Acuerdo de Funcionarización del personal laboral de 31 de enero de 2011 en relación con el recurso de reposición interpuesto por el Grupo Municipal Popular.

Se ha adjuntado asimismo el informe de 16 de febrero de 2011, elaborado por el Secretario General del Ayuntamiento a petición del Grupo Municipal Popular en el que se considera que el Acuerdo alcanzado en la Mesa General de Negociación sobre funcionarización del personal laboral

fijo no incurre en ningún supuesto de nulidad de pleno derecho, así como que el Ayuntamiento está obligado a funcionarizar a todo el personal, incluido el de oficios, si bien existiría alguna “*incertidumbre*” respecto de este último a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 2007. No observa, por tanto, ningún defecto legal en el Acuerdo Plenario de 27 de diciembre de 2010.

La secretaria delegada del IMEPE, en su informe de 31 de marzo de 2014 (documento nº 27), manifestaba, en relación a determinados trabajadores municipales que listaba en su informe, que a fecha de la Resolución de la vicepresidencia del IMEPE de 29 de abril de 2011, por la que se aprobó la relación provisional de aspirantes al proceso extraordinario de funcionarización del Ayuntamiento de Alcorcón y sus organismos autónomos, todos ellos se encontraban contratados de forma indefinida por haber superado el correspondiente proceso selectivo para la plaza referenciada.

El interventor general, en su informe de 2 de abril de 2014 (documento nº 28), manifestaba que la funcionarización no supuso aumento de plantilla y, en cuanto a las demás cuestiones planteadas, afirmaba que no disponía de información al efecto.

Por su parte, el tercer teniente de Alcalde, concejal delegado de Recursos Humanos, Administración y Asesoría Jurídica, en informe de 25 de abril de 2014 (documento nº 29), ponía de manifiesto que “... *no todo el personal funcionarizado del Ayuntamiento de Alcorcón y de sus Organismos Autónomos, Universidad Popular de Alcorcón, Patronato Deportivo Municipal e IMEPE, ostentaba la condición de personal laboral fijo en la fecha de funcionarización*”. En concreto indicaba que, revisada la documentación “*al 90%*”, veintitrés personas no eran personal laboral “*fijo*” sino “*indefinido*”.

Se ha incorporado al expediente el informe emitido por el jefe de servicio de Asesoría Jurídica, de 28 de abril de 2014 (documento nº 31).

Dicho informe recoge como posibles causas de nulidad de pleno derecho:

- La necesidad de aprobación y publicación de la oferta de empleo público con anterioridad a las bases de convocatoria, en tanto que la publicación tuvo lugar el 4 de junio de 2011, con posterioridad al proceso de funcionarización.

- El proceso de funcionarización debió plasmarse como procedimiento de promoción interna.

- Las bases no contienen garantías para que no participe personal laboral temporal.

- La fase de oposición consistió en la realización de pruebas de carácter complementario.

- Se consideró como prueba autónoma la defensa curricular o entrevista con el candidato.

- Deberían haberse valorado los méritos prestados en otras Administraciones.

A continuación examina las alegaciones presentadas, agrupándolas en una serie de grupos:

- En cuanto a las presentadas por vecinos que no participaron en el procedimiento de funcionarización, considera que carecen de un interés legítimo en el procedimiento y no valora aquellas presentadas fuera de plazo.

- En cuanto a las presentadas por partidos políticos y sindicatos, destaca que se apoyan en el Dictamen del Consejo de Estado 1361/2002 relativo a la funcionarización en el ámbito de la Comunidad de Madrid. El informe afirma que no se cuestiona la funcionarización en sí sino el concreto proceso llevado a cabo en Alcorcón.

Considera que, aunque no sea personal de nuevo ingreso, debe estar cubierto por una oferta de empleo público ya que se trata de un “*nuevo ingreso*” del personal laboral. Afirma que, aun cuando se tratase de un proceso restringido, el personal funcionario debía poder participar.

En cuanto a las alegaciones del “*modelo n<sup>o</sup> 1*” se responde que no procede la aplicación del artículo 106 LRJ-PAC que se invocaba en esas alegaciones, que la decisión de revisar los actos no es arbitraria ya que deriva de un informe de la Cámara de Cuentas y que la revisión por sí misma no genera responsabilidad patrimonial.

En cuanto a las alegaciones del “*modelo n<sup>o</sup> 2*”, que afirman que no hay terceros perjudicados por el proceso de funcionarización, el informe considera que lo serían tanto los funcionarios que no pueden participar como terceros no empleados públicos, de tal forma que se vulnera el artículo 23 de la Constitución. Entiende que, aunque los interesados ya superasen un proceso selectivo para ser personal laboral, sus funciones como funcionarios de carrera son diferentes, lo que justifica sistemas selectivos distintos.

También rechaza las críticas al procedimiento de revisión de oficio en cuanto, afirma, este es más garantista por la intervención de un órgano consultivo que la declaración de lesividad en la que no interviene dicho órgano y los interesados han de soportar las costas y posibles gastos judiciales además de la posibilidad en todo caso de recurrir la revisión de oficio ante los tribunales.

En cuanto a las presentadas como “*modelo n<sup>o</sup> 3*”, en ellas se considera que la funcionarización ha de ser restringida en tanto que el informe contesta que se ha de permitir la participación a otros funcionarios y al resto del personal laboral fijo no sólo a quien detenta la plaza, sin que exista un derecho a la funcionarización por ser laboral fijo.

Considera que no se vulneran los límites de la revisión del artículo 106 LRJ-PAC.

En las presentadas como “*modelo n<sup>o</sup> 4*” el informe rechaza tanto la invocación que efectúa el citado modelo del Decreto 149/2002, de 29 de agosto, regulador de funcionarización en la Administración de la Comunidad de Madrid como el que se afirme que la funcionarización no es un proceso selectivo.

El informe insiste en que las plazas debían estar previstas en la oferta de empleo público sin que la mera condición de personal laboral fijo permita la funcionarización de esos puestos, con independencia de las funciones que realizan.

En cuanto al “*modelo n<sup>o</sup> 5*” el informe reconoce que los interesados son, como alegan, ajenos a los defectos de tramitación pero que ello no exime a la Administración de revisar de oficio sin que, por otra parte, se pueda entender que se ha acreditado la existencia de perjuicios indemnizables.

En el “*modelo n<sup>o</sup> 6*” se responde a las críticas que efectúa sobre un exceso de la Cámara de Cuentas en sus funciones, destaca que el informe del Secretario General sobre el recurso de reposición planteado frente al acuerdo de funcionarización es relativo a un acto distinto a los que se revisan.

Niega que la disposición transitoria segunda del EBEP ampare el proceso tal como se realizó ni que sea improcedente la revisión por razón del tiempo transcurrido.

Tampoco considera que por la revisión haya de procederse a regularizar económicamente determinadas situaciones.

Frente a lo alegado en el “*modelo n<sup>o</sup> 7*” se rechaza la invocación que realiza de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013 por referirse a un supuesto de hecho distinto, de tal forma que se concluye que procede el procedimiento revisor.

Respecto al “*modelo n<sup>o</sup> 8*”, se le responde que la revisión de oficio no pueda afectar a “*situaciones consolidadas*”.

Al “*modelo n<sup>o</sup> 9*” se le contesta en cuanto a que la revisión procede por más que los interesados no sean responsables de las posibles ilegalidades. Igualmente se les recuerda que el dictamen del Consejo Consultivo es posterior al trámite de audiencia y que en el procedimiento constan con claridad las posibles causas de nulidad.

En el “*modelo n<sup>o</sup> 10*” se afirma que la oferta de empleo público fue correcta y se invoca el informe del Secretario General y el Decreto 149/2002 de la Comunidad de Madrid así como la falta de garantías del procedimiento de revisión. Todos estos aspectos son rechazados en el informe.

Al “*modelo n<sup>o</sup> 11*” se le responde que la revisión permite revocar actos firmes y que la oferta de empleo público es necesaria en los procesos de funcionarización ya que se trata de un proceso de selección de personal. Considera que, tras el EBEP, la funcionarización requiere que los demás funcionarios puedan participar en estos procedimientos.

Al “*modelo n<sup>o</sup> 12*” se le responde que la tramitación ha acreditado la existencia de vicios de nulidad y que tras el EBEP no caben procesos restringidos a personal laboral. Asimismo considera que la funcionarización aumenta la plantilla, no globalmente pero sí respecto de los funcionarios. Considera discutible, tras el EBEP, afirmar que la totalidad del personal deba ser funcionario.

En cuanto al “*modelo n<sup>o</sup> 13*” se les responde que los defectos observados afectan a la totalidad del proceso y no sólo a determinados trabajadores, siendo vicios de nulidad y no mera anulabilidad.

En el “*modelo n<sup>o</sup> 14*”, el informe rechaza el que se trate de una mera anulabilidad, siendo la revisión de oficio un procedimiento sin garantías e iniciado por motivos políticos. Se rechaza que tras el EBEP todos los trabajadores deban ser funcionarios.

Se reitera lo indicado en cuanto al informe del Secretario General, la discriminación a otros funcionarios, la necesidad de tramitación como un proceso de promoción interna y el posible aumento de plantilla.

Se reconoce la buena fe de los participantes, pero ello no exime a la Administración de la revisión de oficio.

Al “*modelo n<sup>o</sup> 15*” se le indica que el informe de la Comunidad de Madrid alude a causas de nulidad sin que sea aplicable el Dictamen del Consejo de Estado relativo a la funcionarización en la Comunidad de Madrid.

Tras el EBEP estos procedimientos han de configurarse como de promoción interna.

Pese a que algunos informes aludan a la posible anulabilidad, entiende que la falta de publicación previa de la oferta de empleo público vicia de nulidad el procedimiento.

Considera posible que el Ayuntamiento catalogue como personal funcionario los puestos que considere pertinentes, pero no de una forma generalizada sin justificación alguna.

Igualmente se reafirma en que se debió permitir la participación de personal funcionario y que las pruebas de la fase de oposición no fueron correctamente realizadas ya que se procedió a evaluar el desempeño del puesto de trabajo que se ocupaba.

Rechaza el considerar la aprobación extemporánea de la plantilla y la relación de puestos de trabajo como algo menor.

Al “*modelo n<sup>o</sup> 16*”, que pretendía la subsanación de los posibles defectos, se les responde que no es posible, al tratarse de vicios de nulidad, y se reitera lo ya indicado sobre el informe del Secretario General.

Lo mismo se recoge respecto del “*modelo n<sup>o</sup> 17*” sin que, además, la condición de fedatario público del Secretario General altere el valor de su informe, sirviendo para establecer la legalidad de los actos.

Por último, al “*modelo n<sup>o</sup> 18*” se le responde que la disposición transitoria segunda del EBEP no ampara procesos masivos de funcionarización. También se les indica que la mera condición de personal laboral no les exime de demostrar su capacidad para acceder a la condición de funcionario.

Considera que la redacción de la disposición transitoria segunda se aparta de los anteriores precedentes legales imponiendo la realización de un proceso restringido al que sea admitido el personal funcionario.

Se ha adjuntado al expediente (documento n<sup>o</sup> 34) copia del acta de la sesión extraordinaria de la mesa negociadora del acuerdo y convenio colectivo 2008-2011 para el personal laboral y funcionario de 22 de diciembre de 2012 (al pie del escrito figura como fecha 22 de diciembre de

2011). Se hace constar que el acuerdo se aprueba por unanimidad si bien los representantes de CSI-CSIF hacen constar que la funcionarización debería alcanzar sólo al personal laboral fijo.

En dicho acuerdo se recoge que el proceso de funcionarización se realizará al amparo de la disposición transitoria segunda del EBEP y alcanzará al personal laboral del Ayuntamiento que voluntariamente participe y no esté separado del servicio por expediente disciplinario o sentencia firme.

En cuanto al desarrollo de las pruebas, se establece en el apartado séptimo que el personal laboral que haya accedido a la Administración mediante un procedimiento selectivo en el que se hayan respetado los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad quedará exento de realizar prueba selectiva para acceder a la condición de funcionario, pudiendo optarse por un concurso-oposición realizando una prueba de contenido práctico o la presentación y defensa oral de memorias y trabajos que acrediten la aptitud del aspirante o bien una evaluación continuada en el puesto de trabajo, complementada con la superación de cursos formativos de adecuación y legislación.

Previa propuesta del concejal delegado de Recursos Humanos, Administración y Asesoría Jurídica, en sesión ordinaria de la Junta de Gobierno Local, de 30 de abril de 2014, se acordó proceder a la admisión y desestimación de las alegaciones presentadas (documento nº 33).

Igualmente se acordó solicitar dictamen preceptivo a este Consejo Consultivo al entender que podrían concurrir las siguientes causas de nulidad de pleno derecho:

1.- Necesidad de aprobación y publicación de la oferta pública de empleo con carácter previo a las bases de la convocatoria. Art.62.1 f) de la LRJ-PAC.

2.- La participación en el proceso de personal funcionario impedida en las bases. Artículo 62.1 a) de la LRJ-PAC en relación con los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución.

3.- Ausencia de garantías en las bases que permitieron la participación de personal laboral temporal. Artículo 62.1. a), e) y f) de la LRJ-PAC.

4.- Realización de pruebas complementarias en la fase de oposición. Artículo 62.1 a) de la LRJ-PAC.

5.- Defensa oral o curricular o mera entrevista con el candidato como prueba autónoma. Artículo 62.1 a) de la LRJ-PAC.

6.- Discriminación por la valoración de los méritos en la fase de concurso. Artículo 62.1 a) de la LRJ-PAC en relación con los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, 57 del EBEP y 39 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

Se acordó asimismo suspender el plazo para resolver y notificar al amparo del artículo 42.5 de la LRJ-PAC y publicar en el BOCM la notificación a los interesados para que puedan consultar la respuesta a las alegaciones.

Consta en el BOCM de 6 de mayo de 2014 el citado anuncio en el que se indica que se ha remitido el expediente a dictamen del Consejo Consultivo, con suspensión del plazo para la resolución del expediente.

**TERCERO.-** El alcalde de Alcorcón, mediante oficio de 5 de mayo de 2014, con registro de salida de ese mismo día, formula consulta a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 16 de junio de 2014, y corresponde su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, en Comisión

Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 30 de julio de 2014, por cinco votos a favor y dos votos en contra, con los votos particulares que se recogen a continuación del dictamen.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada pero sin foliar, se consideró suficiente.

Con posterioridad han tenido entrada en este Consejo un escrito de una persona que participó en el proceso de funcionarización en el que alega que, previamente, tenía la condición de personal laboral fijo y un escrito de un sindicato en el que alega que la ampliación del plazo para resolver vulnera el artículo 49.1 de la LRJ-PAC.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

## **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1. letra f) 2 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y a solicitud del alcalde de Alcorcón, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno de la Comunidad de Madrid, en virtud del artículo 14.3 de la citada Ley 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 Alcorcón está legitimado para recabar dictamen de este Consejo Consultivo en virtud de lo dispuesto en el ya citado artículo

13.1 f) de la Ley del Consejo, debiendo traerse a colación el artículo 102.1 de la LRJ-PAC en el que se 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 62.1 de la LRJ-PAC, 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 y que éste tenga sentido favorable.

De este artículo se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente que adquiere carácter vinculante para poder acordar la revisión. La referencia que el artículo 102.1 y 2 de la LRJ-PAC hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente*” debe entenderse hecha al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, creado por la citada Ley 6/2007, de 21 de diciembre.

**SEGUNDA.-** Con carácter previo conviene destacar que la revisión que pretende el Ayuntamiento de Alcorcón se limita a las bases generales del proceso de funcionarización y a las bases específicas aprobadas para cada puesto concreto.

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. Esa potestad se

reitera en idénticos términos en 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.

La referida remisión a la legislación del Estado conduce a los artículos 102 a 106 y concordantes de la LRJ-PAC, que regulan la revisión de los actos de la Administración en vía administrativa.

En lo que respecta a la potestad de revisión de oficio, este Consejo 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 sintetiza la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013 (recurso 822/2011)

*“La doctrina sentada por este Tribunal, [contenida en sentencias de 18 de mayo de 2010 (casación 3238/2007), 28 de abril de 2011 (casación 2309 / 2007 ), 5 de diciembre de 2012 (casación 6076/2009 ) y 7 de febrero de 2013 (casación 563/2010 ), entre las más recientes], configura dicho procedimiento 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”.*

Como hemos indicado, en el presente procedimiento se pretende revisar las bases, tanto generales como específicas, de una serie de procedimientos que perseguían la funcionarización del personal laboral del Ayuntamiento de Alcorcón. Se trata, por tanto, de actos firmes frente a los que cabe la vía de la revisión de oficio conforme el artículo 102.1 de la LRJ-PAC. Previamente al análisis material de la posible nulidad de pleno derecho de los acuerdos sobre los que se plantea la revisión debe hacerse una referencia al plazo para resolver el procedimiento.

Dado que al procedimiento de oficio que conlleva consecuencias desfavorables para los interesados le es de aplicación lo dispuesto en los artículos 44.2 y 102.5 de la LRJ-PAC, el transcurso del plazo de tres meses sin dictarse resolución implica la caducidad del procedimiento.

En este caso el procedimiento se inició por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local el 18 de diciembre de 2013 si bien se amplió el plazo por acuerdo de 5 de marzo de 2014 de dicha Junta al amparo de lo dispuesto en el artículo 42.6 de la LRJ-PAC por lo que el plazo expiraría el 18 de mayo de 2014 si bien en el acuerdo de remisión a este Consejo se suspendió el plazo al amparo del artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC.

En cuanto a la alegación sobre una posible infracción de lo dispuesto en el artículo 49.1 de la LRJ-PAC, basta recordar que dicho precepto no es aplicable sino que ha de estarse al artículo 42.6 de dicha ley.

La competencia para resolver el procedimiento de revisión corresponde a la Junta de Gobierno Local conforme el artículo 127.1 k) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local

(LBRL), al tratarse de la revisión de sus propios actos y ser Alcorcón un municipio de gran población.

**TERCERA.-** Con carácter preliminar y al objeto de un mejor entendimiento del informe que se emite, conviene precisar que el Ayuntamiento de Alcorcón pretende la revisión de oficio del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de fecha 1 de febrero de 2011, por el que se aprueban las Bases generales y específicas que han de regir el proceso de funcionarización, por turno restringido, de las plazas incluidas en la oferta de empleo del Ayuntamiento y sus Organismos Autónomos para el año 2011. La propuesta de resolución que se somete al informe de este Consejo considera que algunas de las previsiones de las referidas Bases se apartan manifiestamente de las previsiones que el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) establece respecto de los denominados “*procesos de funcionarización*” e incurren, por ello, en diversos supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en el art. 62.1 de la LRJ-PAC. En concreto, el Ayuntamiento considera que diversos apartados de las Bases no se ajustan a lo que al respecto dispone la disposición transitoria segunda del EBEP, que, por constituir una parte importante del marco normativo de referencia para emitir un juicio de validez de las referidas Bases, conviene reproducir:

*“El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlas en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos.*

*Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos o Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos,*

*valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición”.*

Dicha disposición transitoria, que como todas las normas del EBEP tiene carácter básico, constituye un instrumento que habilita a las Administraciones Públicas para que transformen a sus empleados laborales fijos en funcionarios de carrera, permitiéndoles participar en las pruebas de acceso a aquellos cuerpos y escalas en los que figuren adscritos los puestos que desempeñen, siempre y cuando cumplan los requisitos que la propia disposición establece expresamente. Como se verá más adelante, se trata de una excepción al derecho fundamental a acceder al empleo público en condiciones de igualdad y libre concurrencia, que reconoce a todos el art. 23.2 CE y también consagra expresamente el propio EBEP en sus arts. 55 y 61, de modo que dicha disposición debe ser objeto de una interpretación estricta y en su aplicación la Administración se deben poner un especial cuidado y rigor. Sólo si se cumplen escrupulosamente todos y cada uno de los requisitos que en ella se establecen estará justificada la excepción a ese derecho fundamental y podrá entonces concluirse que un determinado proceso de funcionarización resulta conforme a Derecho.

En el proceso de funcionarización sometido a nuestro dictamen unos vicios de nulidad se predicán de las Bases generales mientras que otros sólo se imputan a las específicas, razón por la que analizaremos de forma diferenciada los eventuales vicios en que pueden incurrir uno y otro tipo de Bases (Consideraciones de Derecho cuarta y quinta), sin perjuicio de analizar conjuntamente una causa que entendemos afecta a la globalidad del proceso (Consideración de Derecho sexta). Tras analizar las causas de nulidad de pleno derecho en las que, a juicio de este Consejo, incurren tanto uno como otro tipo de Bases, nuestra argumentación se centrará en los eventuales límites a la potestad de revisión de oficio (Consideración de

Derecho séptima), para, una vez precisado que no concurre ninguno de los límites que el art. 106 de la LRJ-PAC impone a dicha facultad, concluir nuestro análisis con la determinación de los efectos de la declaración de nulidad del acuerdo por el que se aprobaron las Bases del referido proceso de funcionarización (Consideración de Derecho octava).

**CUARTA.- 1.** Procede analizar cada una de las posibles causas de nulidad de esos actos, tal y como se recogen en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local por el que se solicita el dictamen de este órgano consultivo, teniendo en cuenta tanto los informes evacuados a lo largo del procedimiento por diversos órganos como las alegaciones formuladas por los interesados.

La propuesta de resolución del Ayuntamiento establece, de forma un tanto asistemática, diversas causas de nulidad de pleno derecho de las Bases de la referida convocatoria. De ellas, sólo algunas concurren en las Bases generales, en concreto las siguientes: las plazas se convocaron con anterioridad a la publicación de la Oferta de Empleo Público (OEP); la funcionarización del personal laboral del Ayuntamiento se llevó a cabo al margen de un proceso de promoción interna impidiendo así la participación del personal funcionario; y, aunque no se invoca de forma expresa en la propuesta de resolución, las Bases generales no especificaron que el personal laboral fijo al que se dirige la convocatoria debía estar prestando servicios en puestos reservados a funcionarios a la fecha de entrada en vigor del EBEP. Tales causas, de concurrir, no sólo afectarían a las Bases generales, sino también, lógicamente, a las Bases específicas que las aplican y desarrollan, por lo que la argumentación y el juicio de validez que se emite es también aplicable a ellas, sin perjuicio de que en la Consideración jurídica siguiente analicemos las concretas causas de nulidad en las que sólo incurren las Bases específicas.

En relación a la primera causa invocada - la aprobación de las Bases de la convocatoria antes de la publicación de la Oferta de Empleo Público -, el Ayuntamiento de Alcorcón considera en su propuesta que ello puede dar lugar al supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en el art. 62.1 f) de la LRJ-PAC, a cuyo tenor incurrir en tal vicio “*los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*”. Antes de analizar dicho motivo, conviene precisar que debe haber un error en la invocación de ese concreto precepto de la LRJ-PAC, pues difícilmente la omisión de un requisito como la necesidad de publicar la OEP antes que la convocatoria de unas plazas puede suponer la adquisición de derechos careciendo de requisitos esenciales para ello. De hecho, el informe de la Dirección General de la Función Pública de la Comunidad de Madrid y el informe de la Cámara de Cuentas de Madrid, en los que se apoya el Ayuntamiento de Alcorcón para iniciar y tramitar el procedimiento de revisión de oficio, no aluden a esa causa de nulidad sino a otra más adecuada y pertinente cual es la prevista en la letra e) del referido precepto: los actos “*dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*”. Los dictámenes de este Consejo que se invocan acerca de la relevancia y consecuencias de la ausencia de ese trámite (dictámenes 342/12 y 382/12), confirman esta precisión, pues nuestros dictámenes aluden claramente a ésta última causa de nulidad y no a la prevista en el art. 62.1 f) invocado. Por eso, analizaremos si la publicación de la convocatoria antes que la Oferta de Empleo Público supone prescindir de forma total y absoluta del procedimiento, o la omisión de un trámite esencial, en los términos del art. 62.1 e) LRJ-PAC.

La Oferta de Empleo Público, que el EBEP toma de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), es la declaración emitida por el órgano de gobierno de cada Administración, y publicada en el Boletín oficial correspondiente, en la que se recogen

conjuntamente las plazas correspondientes a todos los Cuerpos y Escalas de dicha Administración que han de ser cubiertas en un determinado plazo a través de los correspondientes procesos selectivos. Constituye, pues, para la Administración un instrumento de racionalización de las necesidades de personal y una medida de publicidad y transparencia para los interesados. Se regula en el art. 70 del EBEP en estos términos, que conviene reproducir, al menos parcialmente:

*“Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de Empleo Público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas...”*”.

Como puede verse, el precepto transcrito limita la necesidad de publicar la OEP a las plazas que deban proveerse mediante la *“incorporación de personal de nuevo ingreso”*, de modo que sólo respecto de las plazas que, en rigor, sean de nuevo ingreso puede considerarse que la omisión de aquél requisito acarrea la nulidad de pleno derecho de una convocatoria por tratarse de un trámite esencial, tal y como hemos señalado en los dictámenes más arriba citados. Sin embargo, el referido precepto no exige la publicación de dicha oferta en la convocatoria de plazas de promoción interna, que es el proceso en el que la funcionarización que nos ocupa se debe encuadrar según la disposición transitoria segunda del EBEP. De hecho, algunas sentencias, como por ejemplo la del TSJ de Andalucía (Sala de Granada) de 16 de diciembre de 2013 (recurso 390/2013), han precisado ya que la referida oferta *“se utilizará sólo para cubrir aquellas vacantes que no puedan ser cubiertas legalmente mediante los sistemas de provisión de puestos o, en su caso, de promoción interna”*.

Dicha circunstancia, junto con el hecho de que la OEP del Ayuntamiento de Alcorcón fue finalmente publicada el día 4 de junio de 2011, aunque con posterioridad a la referida convocatoria (publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el día 2 de marzo de 2011), nos lleva a concluir que la irregularidad cometida por el Ayuntamiento de Alcorcón en la convocatoria cuya revisión se pretende no es de tal entidad como para determinar por sí sola la nulidad de pleno derecho de las Bases generales por la omisión de un trámite esencial. Sin perjuicio, claro es, y como se verá más adelante, de que esta irregularidad tenga relevancia a los efectos de justificar la revisión de oficio al acumularse a otras, de mayor relevancia y entidad, que también concurren en todo el proceso de funcionarización llevado a cabo.

2. En segundo lugar, el Ayuntamiento de Alcorcón sostiene que las Bases sólo permiten participar en el concurso-oposición al personal laboral del Ayuntamiento pero no a los funcionarios de carrera, que son los titulares del derecho a la promoción interna a la que alude la disposición transitoria segunda del EBEP, lo que, al amparo del art. 62.1 a) LRJ-PAC, determinaría la nulidad de pleno derecho de las Bases por vulnerarse el derecho fundamental al acceso al empleo público en condiciones de igualdad previsto en los arts. 14 y 23.2 de nuestra Constitución (CE).

Los arts. 23.2 y 103.3 de nuestra Norma Fundamental, en efecto, exigen que el acceso a la función pública tenga lugar de conformidad con los principios de igualdad, mérito y capacidad. De este modo, según recoge expresamente el art. 61 EBEP, los procesos selectivos tienen que tener carácter abierto y garantizar la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna. El TC tiene establecido (entre las más recientes, en sus sentencias 38/2007, 30/2008 y 130/2009) que tales preceptos consagran un derecho a la no restricción injustificada de las condiciones de acceso, a lo que se opone la integración automática de

determinados grupos en la función pública, así como, en principio y salvo excepciones razonables, objetivas y justificadas, las denominadas pruebas restringidas para el acceso a la función pública (SsTC 27/1991, 151/1992, 4/1993, 60/1994, 16/1998, 12/1999, entre otras). Los denominados procesos de funcionarización, entendidos como aquellos procesos selectivos *ad hoc*, restringidos y singulares, cuya finalidad es que el personal laboral fijo que ocupa un puesto reservado a funcionarios pueda adaptar a dicha situación su vínculo jurídico con la Administración, comenzaron en 1988 y fueron admitidos por el TC (en la jurisprudencia citada) y por el TS, siempre y cuando cumplieran los siguientes requisitos: que estén previstos en una norma con rango de ley como excepción al régimen general de acceso al empleo público libre e igual; que las pruebas restringidas constituyan un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional; que sean transitorios, lo que impide su repetición en el tiempo; y, en fin, que se respeten en todo caso los principios de mérito y capacidad, de modo que las pruebas selectivas no supongan un proceso selectivo *ad personam*. Las SsTC 38/2004 y 31/2006 han precisado posteriormente que las pruebas restringidas sólo son constitucionales si su convocatoria encuentra plena cobertura en una norma básica estatal y en los términos que ella fije.

Uno de los ámbitos en los que se permitieron los procesos restringidos fue el del personal laboral como consecuencia de la STC 99/1987, que consideró que el artículo 103.3 de la Constitución establecía una preferencia por el modelo funcionarial y que el artículo 15 de la LMRFP vulneraba la reserva de ley establecida por dicho precepto constitucional al remitir a las relaciones de puestos de trabajo la determinación de los puestos que podían cubrirse con personal laboral, permitiendo a estas relaciones optar por un modelo funcionarial o laboral. A raíz de ello se dictó la Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la LMRFP, que introdujo en esa norma la DT 15<sup>a</sup> en la

que se establecía que la adscripción de un puesto de trabajo en la relación de puestos de trabajo a personal funcionario no implicaría el cese del laboral que lo viniera desempeñando que podría permanecer en el mismo sin menoscabo de sus expectativas de promoción profesional. A su vez establecía la posibilidad de que ese personal laboral fijo que a la entrada en vigor de la LMRFP se hallare prestando servicios en puestos de trabajo reservados a funcionarios (al que se añadió por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, el que hubiese adquirido la condición de laboral fijo en virtud de pruebas selectivas convocadas antes de dicha fecha, siendo destinado con ocasión de su ingreso a puestos reservados a funcionarios) podría participar en las pruebas de acceso a Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos los correspondientes puestos, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, debiendo valorarse a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados en su condición de laboral y las pruebas selectivas superadas para acceder a la misma. Si bien esa disposición era, en principio, de aplicación tan sólo a la Administración General del Estado y no tenía carácter básico conforme el artículo 1.3 de la LMRFP se consideró aplicable a las entidades locales entendiéndose que sería materialmente básica.

Aunque se aceptara dialécticamente la posibilidad de realizar procesos restringidos de funcionarización al amparo de la citada disposición transitoria de la LMRFP, amparándose en que la misma no ha sido derogada por el EBEP, ha de recordarse los expresos límites temporales (recordemos su carácter de derecho transitorio que busca facilitar el tránsito a una nueva regulación) que la misma establece en cuanto sólo es aplicable al personal laboral fijo que a la entrada en vigor de la LMRFP (el 23 de agosto de 1984) prestase servicios en puestos de trabajo reservados a funcionarios o bien ocupase esos puestos tras la superación de pruebas selectivas convocadas antes de dicha fecha.

Pero la normativa básica estatal es hoy la disposición transitoria segunda del EBEP a cuyo amparo, según ellas mismas disponen, se dictan las Bases generales que estamos analizando. Dicha DT, como hemos señalado, constituye una excepción a otro precepto también básico –art. 61 EBEP– que establece el acceso a la función pública en condiciones de igualdad y libre concurrencia. Pues bien, el proceso de funcionarización contemplado por dicha disposición tiene, lógicamente, otros límites temporales (el personal laboral fijo que prestase servicios a su entrada en vigor), por lo que no puede aceptarse el que, al amparo de la disposición transitoria 15<sup>a</sup>, se articule un proceso restringido para personas que no consta (ni se exige) la condición de personal laboral fijo en el año 1984 ni tan siquiera a la entrada en vigor del EBEP.

Además, la disposición transitoria 2<sup>a</sup> configura claramente los denominados procesos de funcionarización en el marco de la “*promoción interna*”, requisito éste que no preveía la LMRPF (en su redacción de 1988), ya que su DT 15<sup>a</sup> configuraba tales procesos de forma autónoma o independiente al disponer que el personal laboral fijo que a esa fecha se hallase prestando servicios reservados a funcionarios en la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos, así como en las Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, “*podrá participar en las pruebas de acceso a los Cuerpos y Escalas en los que figuren adscritos los correspondientes puestos...*”.

La cuestión a dilucidar es si la actual DT 2<sup>a</sup>, que supone una excepción a la regla general de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y libre concurrencia, da cobertura legal a procedimientos restringidos o limitados únicamente al personal laboral fijo y, por tanto, al margen de los procesos de promoción interna. A este respecto conviene precisar que, en la tramitación parlamentaria del precepto, se propuso que se aludiera de forma expresa a que la integración en la función pública se llevaría a cabo

por procedimientos restringidos (BOCM núm. 94-9, de 24 de noviembre de 2006, págs. 140 y 219), pero tales enmiendas fueron rechazadas y la redacción final dispone de forma clara y terminante que dicho personal *“podrá participar en procesos de promoción interna”*.

La denominada funcionarización no se configura ya, por tanto, como un proceso autónomo y reservado únicamente al personal laboral fijo, sino como un derecho de este tipo de personal laboral a participar en procesos de *“promoción interna”* que, de otro modo, estarían reservados únicamente a los funcionarios de carrera. En efecto, la promoción interna de la que habla la DT 2ª del EBEP la predica el propio Estatuto del personal que ya es funcionario de carrera (art. 18) y consiste, según el art. 16 del mismo texto, en el cambio de cuerpo o escala dentro del mismo subgrupo profesional (promoción interna horizontal) o en el ascenso de un cuerpo o escala de un determinado grupo o subgrupo a otro superior (promoción interna vertical). Por su parte, el art. 19 EBEP dispone que *“el personal laboral tendrá derecho a la promoción profesional”* y añade que *“la carrera profesional y la promoción del personal laboral se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los convenios colectivos”*. La DT 2ª constituye una excepción a los mecanismos de promoción y carrera profesional del personal laboral, que, lógicamente, se rige por cauces diversos a los funcionarios de carrera.

Por consiguiente, tras la aprobación del EBEP, las convocatorias efectuadas al amparo de su DT 2ª no pueden restringirse al personal laboral fijo, sino que, por estar dirigida a ellos la promoción interna, deben permitir la participación del personal funcionario de carrera del grupo o subgrupo inferior al de las plazas convocadas. La reciente STC 111/2014, que declara la inconstitucionalidad de la Ley Foral 19/2013, por la que se autoriza un proceso de funcionarización a través de la integración automática del personal estatutario y laboral fijo de la Administración de

Navarra y de sus organismos autónomos, realiza a estos efectos dos afirmaciones relevantes para determinar si concurre en el caso que nos ocupa la concreta causa de nulidad invocada. En primer lugar, que la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desempeñar un empleo público, pero, y esto es lo ahora relevante, *“no puede llegar a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros [...]”*. Por ello dijimos en la STC 38/2004, de 11 de marzo, que serían admisibles unas pruebas de acceso a la función pública de personal laboral fijo *“cuya excepcionalidad cabría entender que consistiría en la previsión de que se valorasen los servicios efectivos prestados como personal laboral y las pruebas selectivas superadas para acceder a tal condición, pero que no quedaría excluida de raíz la concurrencia de otras personas que no hubieran prestado aquel tipo de servicios”*. En segundo lugar, el TC afirma terminantemente que *“resulta inconstitucional la previsión de unas pruebas de acceso restringidas a quienes tuvieran la condición de personal fijo”* (FJ 5º). El Auto del TC 68/2012, que cita esa misma sentencia, inadmite una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra la DT 3ª de Ley de la Función Pública de Extremadura, porque dicha norma *“no hace en ningún momento referencia a turno restringido alguno”*, sino que permite el acceso de los laborales fijos *“mediante la superación de las correspondientes pruebas selectivas, previo cumplimiento de los requisitos para ser admitidos en las mismas, realizadas a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición libre, sistemas de acceso a la función pública de Extremadura, a través de los que se adquiere la condición de funcionario de la Comunidad Autónoma y en los que es necesario garantizar, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”*. Y concluye señalando que dicho precepto no excluye la concurrencia de otras personas y *“en ningún momento alude a*

*procedimientos restringidos, cerrados o específicos a favor de quienes tuvieran la condición de personal laboral fijo” (FJ 4º). Sólo esto, viene a decir el TC, salva la constitucionalidad del precepto cuestionado.*

En consecuencia, en la medida en que las Bases generales del Ayuntamiento de Alcorcón sólo admiten la participación del personal laboral fijo (y algunas Bases específicas, como hemos de ver, ni siquiera exigen que el personal laboral sea fijo), se está vulnerando frontalmente el art. 23.2 de la CE y tales bases incurren de forma clara y manifiesta en el supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en el art. 62.1 a) de la LRJ-PAC, lo que habilita al Ayuntamiento a su revisión de oficio.

3. Por último, y aunque se trata de una causa de nulidad que no parece ser invocada por la propuesta de revisión del Ayuntamiento de Alcorcón, este Consejo considera que las Bases generales también incurren en otra irregularidad relevante, que puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho de algunos de los actos dictados en su aplicación.

La Base segunda, relativa a las condiciones generales de los aspirantes, se limita a exigir que éstos tengan la condición de personal laboral fijo de plantilla del Ayuntamiento y que presten “*sus servicios profesionales en puestos de trabajo reservados a personal funcionario*”, pero no especifican, como debieran haber especificado, que tales servicios en puestos de trabajo reservados a funcionarios deberían estar siendo prestados ya desde la fecha de entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público.

La previsión excepcional, y transitoria, de la DT 2ª del EBEP, permitiendo al personal laboral fijo la participación en los procesos de promoción interna de aquellos cuerpos o escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe y, por tanto, excluyendo el derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, exige una interpretación restrictiva del supuesto de hecho

habilitante. La referida DT 2ª establece claramente que sólo pueden participar en tales pruebas y, por tanto, las convocatorias respectivas sólo puede dirigirse (además de a los funcionarios de carrera), al “*personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto desempeñe funciones de personal funcionario o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha*”, de modo que el precepto no ampara los procesos que se extienden, porque las Bases no lo han acotado debidamente, ni a aquellos trabajadores que ocupan puestos que no están reservados a funcionarios y los pueden desempeñar empleados laborales ni, desde luego, a aquellos trabajadores que no se encontrasen en dicha situación de anomalía que pretende resolverse antes de la entrada en vigor del Estatuto Básico o que se hayan incorporado a ellas a través de una convocatoria ya efectuada en esa fecha (12 de mayo de 2007).

El desempeño de “*funciones propias del personal funcionario*” no es un criterio dejado a la libre interpretación de los responsables de personal del Ayuntamiento, sino que ha de ser establecido y acreditado, de conformidad con lo que establece la Ley, por la correspondiente adscripción recogida en la relación de puestos de trabajo (RPT) que existiera en el Ayuntamiento de Alcorcón a la entrada en vigor del Estatuto. Tal obligación legal viene expresamente recogida en el Real Decreto Legislativo 78/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, que establecía expresamente que la RPT había de estar publicada, una vez aprobada, en el “*Boletín Oficial de la Provincia junto con el resumen del Presupuesto*”.

De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de Madrid, elemento meramente orientativo en este punto:

*“1. La relación de puestos de trabajo indicará obligatoriamente para cada uno de ellos: a) Su denominación. b) Sus características esenciales. c) La posición que le corresponde dentro de la organización. d) Los requisitos necesarios para su desempeño. 2. Tratándose de puestos de trabajo atribuidos a funcionarios públicos, indicará además: a) El Grupo, Cuerpo o Escala que corresponda. b) El nivel en que el puesto haya sido clasificado. c) En su caso, el complemento específico que tenga atribuido, con mención expresa de los factores que con él se retribuyen y de su valoración. d) La forma de provisión”.*

El artículo 127 de dicho Real Decreto Legislativo establece que:

*«Una vez aprobada la plantilla y la relación de puestos de trabajo, se remitirá copia a la Administración del Estado y, en su caso, a la de la Comunidad Autónoma respectiva, dentro del plazo de treinta días, sin perjuicio de su publicación íntegra en el “Boletín Oficial de la Provincia”, junto con el resumen del Presupuesto».*

En el asunto sometido a examen cabe afirmar que en el expediente objeto de análisis no consta ninguna RPT anterior a la aprobada inicialmente el 1 de febrero de 2011 por la Junta de Gobierno Local como parte del proceso de funcionarización. Puesto que tampoco ha sido posible localizarla en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, cabe deducir y concluir que a la fecha de entrada en vigor del EBEP no existía una RPT que recogiera las *“funciones de personal funcionario”* que debía venir desempeñando el personal que posteriormente se acogió al proceso de funcionarización.

Por no cumplirse el requisito de estar desempeñando un puesto reservado a funcionarios, que también establecía la DT 15<sup>a</sup> de la LMRFP tras la redacción dada por la Ley 23/1988, la STS de 1 de septiembre de

2007 (recurso núm. 1334/2004) anuló una convocatoria del Ayuntamiento de Langreo con el sólido argumento de que *“la restringida vía de acceso prevista en la convocatoria litigiosa estaba justificada para aquellos puestos que, a partir de la Ley 23/1988, necesariamente tienen que ser funcionariales, pero no así para los que la ley sigue permitiendo su desempeño por personal laboral”*. Lo cual, en el caso analizado, carecía de justificación *“para los puestos que figuraban en ella como pertenecientes a la Subescala de Servicios Especiales, Personal de Oficinos, por tener estos últimos encaje en las excepciones para personal laboral previstas en el apartado c) del artículo 15 de la Ley 30/1984”*. En el mismo sentido, la STS de 23 de febrero de 2009 (recurso núm. 1543/2005) confirmó la STSJ de Asturias de 22 de diciembre de 2004 (recurso núm. 1123/1999), que había anulado las Bases Comunes Específicas de un proceso de funcionarización del Ayuntamiento de Carreño porque se extendió a todo el personal laboral sin tener en cuenta el año de ingreso en el empleo público, siendo así que la DT 15<sup>a</sup> de la LMRPF *“lo limitaba al que estuviera contratado a la fecha de entrada en vigor de la Ley 23/1988, de 28 de julio”*.

De este modo, y al margen del resto de causas de nulidad en las que las Bases incurren, todos aquellos que hayan sido nombrados funcionarios al amparo de tales Bases sin que a la fecha de entrada en vigor del EBEP estuvieran desempeñando funciones de personal funcionario no tenían derecho a participar en el proceso de selección y carecían de un requisito *sine qua non* o esencial para la adquisición del derecho a la funcionarización, lo que, como veremos que acontece también para el personal laboral que no era fijo, determinaría la nulidad de pleno derecho de tales nombramientos, de conformidad con el art. 62.1 f) de la LRJ-PAC (actos contrarios al ordenamiento por los que se adquieren derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición). Por otra parte, la excepción al principio de igualdad que consagra la DT 2<sup>a</sup> EBEP sólo cabe

respecto de los empleados fijos que cumplan dicho requisito, de modo que los actos de aplicación de las Bases en los que no se haya respetado ese requisito vulneran también el derecho fundamental del art. 23.2 CE e incurrir en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 62.1 a) LRJ-PAC (actos que lesionan derechos susceptibles de amparo constitucional).

En este caso, a diferencia de lo que acontece en el supuesto que hemos analizado en el apartado anterior en el que las Bases son nulas porque tienen un efecto negativo o excluyente *per se* al impedir la participación de los funcionarios de carrera, las Bases no han vulnerado por sí mismas el derecho fundamental a acceder al empleo público en condiciones de igualdad, incurriendo en el supuesto de nulidad del art. 62.1 a), ni tampoco estaban otorgando directamente un derecho o facultad a quienes carecían de los requisitos esenciales para su adquisición (art. 62.1 f), pues puede que, a pesar de ese grave vicio de las Bases, todos los que han participado en el proceso selectivo cumplan los requisitos que exige la DT 2ª EBEP. En rigor, en tales causas de nulidad de pleno derecho habrán incurrido, en su caso, los respectivos actos de nombramiento dictados en aplicación de las Bases que no hayan respetado los referidos requisitos, materializando de ese modo lo que en las Bases constituye un vicio sólo potencial, pues únicamente a través de tales actos se adquiere el derecho o facultad. Aunque no es menos cierto que si tales Bases no hubieran incurrido en ese vicio, apartándose abiertamente de lo que establece la tan citada DT 2ª, no se podría haber seleccionado personal que de forma tan clara y ostensible no cumple los requisitos que dicha disposición establece.

**QUINTA.- 1.** Las diversas Bases específicas de funcionarización del Ayuntamiento de Alcorcón y sus Organismos Autónomos incurrir en las mismas causas de nulidad que las Bases generales, por cuanto que, dictadas al amparo de éstas y aprobadas por el mismo acuerdo de la Junta de

Gobierno Local de 1 de febrero de 2011, no se han enmarcado en un procedimiento de promoción interna, sino en un proceso autónomo de funcionarización restringido al personal laboral, y no han especificado tampoco que los funcionarios fijos que podían participar en el proceso de selección debían estar ocupando puestos reservados para funcionarios antes de la entrada en vigor del EBEP. Por ello son aplicables a ellas los razonamientos que se acaban de realizar en la anterior Consideración de Derecho.

Pero las Bases específicas incurren también en otras causas de nulidad que conviene analizar separadamente. La propuesta de revisión de oficio del Ayuntamiento también invoca, no sin cierta confusión, otras causas de nulidad, que podemos agrupar en estas dos: algunas Bases específicas no reflejan claramente que en el proceso selectivo sólo podía participar el personal laboral fijo, por lo que al no impedir que concurriera el personal temporal incurrirían en nulidad de pleno derecho en virtud del art. 62.1, apartados a), e) y f) LRJ-PAC; y las distintas Bases específicas configuran un concurso-oposición que no respeta los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que determinaría su nulidad según el art. 62.1 a) LRJ-PAC.

2. Algunas Bases específicas, en concreto las del Patronato Deportivo Municipal y las de la Universidad Popular de Alcorcón, apartándose de lo que exige la DT 2ª EBEP y el apartado segundo de las propias Bases generales, permiten la participación en el concurso-oposición de personal laboral temporal. En efecto, las bases generales recogían expresamente (base 2ª) que para tomar parte en el procedimiento era necesario ser personal laboral fijo y, en la base 3ª, se establecía que los aspirantes deberían manifestar que cumplían todas y cada una de las condiciones exigidas en la base 2ª. En la propuesta de resolución de revisión de oficio de la Junta de Gobierno Local se destaca que, debido a esa grave imprecisión de las Bases específicas, fueron admitidos al proceso selectivo

23 aspirantes que mantenían una relación laboral de carácter temporal con el Ayuntamiento.

Como se viene advirtiendo, la DT 15<sup>a</sup> LMRFP, antes, y la DT 2<sup>a</sup> EBEP, ahora, establecen un claro límite de carácter subjetivo a los denominados procesos de funcionarización: que se trate de personal laboral fijo y, además, como ya se ha visto, que ocupe desde una determinada fecha puestos de trabajo reservados a funcionarios. Resulta, por ello, no sólo ilegal, sino también inconstitucional, el que las Bases permitan la participación en tales procesos de promoción interna de personal laboral indefinido o personal laboral temporal [art. 8.2 c) EBEP]. Inconstitucional porque ello choca frontalmente con el art. 23.2 CE (*vid.*, por ejemplo, la STC 388/1993), ya que la legislación básica estatal (DT 2<sup>a</sup> EBEP) sólo exceptúa del acceso a la función pública en condiciones de igualdad al personal laboral fijo, único personal respecto del que está justificado, según el propio TC, apartarse de ese derecho fundamental como medio excepcional y transitorio para resolver también una situación excepcional (adaptar el vínculo jurídico del empleado al puesto que realmente ocupa).

La permisión por parte de las propias Bases de que participe personal laboral que no es fijo supone utilizar la DT 2<sup>a</sup> para lo que no está prevista: para un proceso de consolidación del empleo temporal al que se refiere la DT 4<sup>a</sup>, proceso en el que, por cierto, no sólo se deben respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad, sino que tiene que articularse a través de convocatorias abiertas. La utilización de la DT 2<sup>a</sup> para una finalidad distinta a la fijada por el ordenamiento, no sólo constituye un supuesto claro de desviación de poder (art. 63.1 LRJ-PAC y 70.2 LJCA), sino que también puede haber dado lugar a que, por haberlo permitido así las Bases específicas, se hayan producido actos de aplicación que son nulos de pleno derecho tanto por vulnerar el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad al empleo público [art. 62.1 a) LRJ-PAC], como

por otorgarles a determinadas personas un derecho (el del acceso a la condición de funcionario de carrera) a pesar de que carecían de un requisito esencial para su adquisición [art. 62.1 f) LRJ-PAC]. En el mismo sentido se pronunció el dictamen del Consejo de Estado, de 24 de enero de 2002 (expediente 3740/2001), relativo a la funcionarización de personal laboral del Patronato municipal de Deportes de San Sebastián.

3. Considera el Ayuntamiento que las Bases específicas no respetaron la exigencia de la DT 2ª del EBEP en cuanto a la necesidad de establecer un sistema de concurso-oposición para el acceso a las plazas de personal funcionario por parte del personal laboral.

El proceso de funcionarización se ha desarrollado aparentemente bajo la modalidad de concurso-oposición y así lo establecen las bases generales. Sin embargo las distintas bases específicas responden a un mismo patrón, en el que en la fase de concurso sólo se valoran los servicios prestados, “*de hecho*” [sic] o de derecho, en el Ayuntamiento de Alcorcón, y en la fase de oposición no hay una verdadera prueba de aptitud, sino un sistema de evaluación *sui generis* que responde más bien al trabajo que se desempeña habitualmente y en el que no se especifica de forma clara el tipo de ejercicio a realizar, sino que se prevé un primer ejercicio, que consiste en “*evaluaciones de actividades prácticas que se realicen con respecto a las unidades didácticas que integran el programa*”, y un segundo ejercicio en el que se realizará “*la defensa oral del primer ejercicio*” o, en otros casos, la defensa del *curriculum vitae* presentado. En el caso de las actividades prácticas relativas a unidades didácticas las bases recogen de una manera un tanto oscura que:

*“Dichas evaluaciones se formularán como propuesta de calificación al tribunal, quien, a su criterio, la elevará a calificación definitiva. Las unidades didácticas indicadas guardarán relación*

*directa con los temas que constituyen el programa que consta en el presente anexo”.*

Ello es especialmente grave si se entiende que es el aspirante quien formula libremente esas propuestas al Tribunal eligiendo el tema. Por último, también se omite que la valoración de los méritos no puede determinar el resultado final del proceso y que la fase de oposición tiene carácter selectivo y ha de ser determinante para la superación del mismo. Estaríamos así, utilizando la expresión de la STS de 28 de noviembre de 1992 ante una suerte de “*cosmética jurídica*” que, por la vía de un concurso-oposición en el límite de lo admisible, encubriría una integración automática del personal laboral en plazas de funcionario, algo completamente prescrito por el Tribunal Constitucional y por la propia legislación básica estatal.

En efecto, la DT 2<sup>a</sup> es clara a la hora de precisar que el sistema de promoción interna en el que se permite participar al personal laboral fijo se ha de efectuar por el sistema de concurso-oposición, sin perjuicio de que se deban valorar (que no sustituir por otras pruebas) como mérito los servicios prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas previamente superadas para acceder a tal condición. Por tanto, los servicios prestados como laboral fijo no pueden suplir la necesidad de demostrar los conocimientos y la capacidad exigidos para acceder a la condición de funcionario.

La jurisprudencia constitucional, que ya hemos citado, ha exigido de forma reiterada la realización de una prueba de aptitud como requisito *sine qua non* para acceder a la función pública en los procesos de funcionarización. Por todas, la reciente STC 111/2014, que, como se ha precisado, declara la inconstitucionalidad de la Ley Foral 19/2013, de 29 de mayo, porque contempla un supuesto de integración automática, cuando “*incluso en el régimen excepcional y transitorio*” que contempla la DT 2<sup>a</sup>

del EBEP “*se exige la superación de un proceso selectivo, si bien en el seno del mismo cabe hacer valoración de los servicios prestados y de las pruebas selectivas previamente superadas*” (FJ 3º).

Con carácter general, y respecto de todos los procedimientos de selección, el art. 61 EBEP, tras señalar que tales procedimientos cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados (apartado 1), precisa que las pruebas pueden consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, etc. (apartado 2), las cuales podrán completarse con la exposición curricular de los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas (apartado 3). Por último, dispone que la valoración de los méritos no determinará en ningún caso, por sí misma, el resultado del proceso selectivo (apartado 3).

El TS, por su parte, también ha destacado que las pruebas selectivas de conocimientos son más ajustadas a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que la selección de los funcionarios mediante pruebas tipo test, entrevistas, realización de memorias o similares, así como que las “*pruebas y programas han de dirigirse de modo principal y obligado al control y comprobación de los conocimientos del aspirante, al propio tiempo que contribuyen mejor a la realización efectiva del principio de igualdad en el acceso al ejercicio de la función pública, pues pueden acceder a la misma quienes a través de su exclusivo esfuerzo, y con independencia de su procedencia social demuestren reunir dichos méritos. En definitiva, un sistema que busque la excelencia en la selección de los funcionarios, en lugar de la mera suficiencia de conocimientos básicos, no sólo garantiza mejor el funcionamiento de la Administración y los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución Española), sino que*

*es más justo y acorde con los principios de méritos, capacidad e igualdad y evita en mayor medida las posibles desviaciones de poder en la selección de aquéllos”* (sentencia de 31 de mayo de 2008, recurso núm. 47/2005).

La vulneración de tales principios en las Bases específicas, la configuración en ellas de una pseudo oposición, la posibilidad de valorar la propia ilegalidad al prever las bases que se puntúen los servicios prestados “*de hecho*” [sic] en el Ayuntamiento de Alcorcón y la ausencia de garantías de que la valoración de los méritos no puede determinar por sí misma el resultado del proceso, determina la nulidad de pleno derecho de todas las Bases específicas que incurran en tales vicios no sólo por la vulneración del derecho de todos al acceso al empleo público en condiciones de igualdad [art. 62.1 a) LRJ-PAC], sino también porque tales Bases han posibilitado que los actos dictados a su amparo hayan conferido un derecho, el acceso a la condición de funcionario de carrera, a quienes carecen de los requisitos esenciales para ello [art. 62.1 f)] LRJ-PAC].

**SEXTA.**-El artículo 62.1 e) de la LRJ-PAC también establece la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que hayan sido dictados prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. La carencia de procedimiento no hay que identificarla, sin más, con la ausencia total o completa del mismo, pues, en la medida en que –por escasas que sean– habrá unos mínimos trámites procedimentales en el actuar de la Administración, ello supondría dejar sin contenido ese supuesto de nulidad. Por eso la jurisprudencia, la doctrina de este Consejo Consultivo y la del propio Consejo de Estado, han señalado que la expresión legal no sólo hay que referirla a los actos dictados de plano, sino también a aquellos casos en los cuales se ha seguido un procedimiento, pero no el concreto previsto por la ley para el supuesto de que se trate, o se ha seguido un *iter* procedimental omitiendo sus trámites

esenciales, trámites sin los cuales dicho procedimiento no sería identificable o reconocible como tal.

En el caso que nos ocupa, es tal el cúmulo y la reiteración de vicios e irregularidades en las Bases generales y en cada una de las Bases específicas (ausencia de oferta de empleo público, carácter restringido de las pruebas al personal laboral al margen de un proceso de promoción interna de los funcionarios, falta de determinación de los puestos que deben ser desempeñados por personal laboral y funcionario a través de las Relaciones de Puestos de Trabajo, no especificación de que el personal laboral fijo debía estar prestando servicios en puestos reservados a funcionarios a la fecha de entrada en vigor del EBEP, ausencia de un auténtico proceso selectivo, etc.) que se puede afirmar que el proceso de funcionarización llevado a cabo por el Ayuntamiento de Alcorcón se ha alejado de tal modo del expresamente previsto para tales casos en la legislación básica estatal que dicho procedimiento no es reconocible o identificable como tal, lo que determina también la nulidad de las bases generales y específicas por prescindir de forma total y absoluta del procedimiento legalmente establecido en los términos del art. 62.1 e) LRJ-PAC.

Con la invocación de esta causa no se trata de defender un ritualismo absurdo que no repara en lo material o de hacer concesiones innecesarias a los requisitos formales, más propias de un Derecho Administrativo antiguo que de un Derecho Administrativo del siglo XXI ágil y eficaz, sino de destacar que el cúmulo de infracciones procedimentales detectadas en el proceso de funcionarización del Ayuntamiento de Alcorcón, fruto quizá de la urgencia y precipitación por las fechas en las que se realizó, no sólo se ha alejado por completo del *iter* que para tales casos prevé el EBEP, sino que al hacerlo, dada la importancia cada vez mayor que el procedimiento tiene para la realización de los derechos fundamentales individuales, se ha apartado también de forma injustificada y evidente de los principios

constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, lo que ha dificultado, cuando no impedido frontalmente, el ejercicio mismo de diversos derechos de rango constitucional.

**SÉPTIMA.**- Ha de hacerse una especial referencia a los límites de la revisión de oficio consagrados en el artículo 106 LRJ-PAC, de obligada ponderación en toda revisión de oficio y que han sido invocados expresamente por los interesados en sus escritos de alegaciones.

El necesario equilibrio entre el principio de legalidad, que exige la eliminación de los actos nulos de pleno derecho, y el de seguridad jurídica, que aboga en sentido contrario por el mantenimiento de las situaciones jurídicas consolidadas, exige que la Administración ejerza su potestad de revisión de oficio con reserva, cautela y ponderación, al objeto de evitar tanto el riesgo de consagrar situaciones ilegítimas de ventaja como el peligro opuesto. Por esta razón, aunque a tenor del art. 102.1 de la LRJ-PAC la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho se puede realizar en cualquier momento y, por tanto, es una potestad que la Administración puede ejercer, en principio, sin límite temporal alguno, el art. 106 del mismo texto legal establece una serie de limitaciones a dicha potestad, ya que prevé que las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulta contrario a la equidad, la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

Las previsiones del art. 106, como han señalado la doctrina, la jurisprudencia y los órganos consultivos, no son otra cosa que una limitación a los efectos típicos de la nulidad de pleno derecho que en ocasiones se impone como consecuencia de la concurrencia de otros principios jurídicos también dignos de tutela y protección, como son el respeto a la buena fe o a la confianza legítima que el acto nulo ha generado, la justicia del caso concreto, la salvaguarda de los derechos de terceros, etc.

Tales límites han de ser apreciados de manera estricta y ponderada, atendiendo a las singularidades de cada caso, ya que no dejan de ser un mecanismo que impide el ejercicio de una potestad prevista legalmente para declarar la nulidad de actos que incurren en los vicios más graves y groseros que prevé el ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia del TS ha destacado en infinidad de ocasiones que la existencia o no de tales circunstancias, que suponen una excepción al principio general de inexistencia de plazo para solicitar o ejercer la potestad de revisión de oficio, ha de ser examinada caso por caso [SsTS de 16 de junio de 2003, recurso 6245/1999, de 24 de mayo de 2005 (recurso 2987/2002), de 20 de febrero de 2008 (recurso 776/2001), de 17 de noviembre de 2008 (recurso 1200/2006), de 19 de febrero de 2014 (recurso 2770/2011)], de modo que *“la decisión última sobre la procedencia o no de la aplicación del art. 106 dependerá del caso concreto y de los bienes jurídicos en juego”* [SsTS de 17 de enero de 2006 (recurso 776/2001) y de 21 de julio de 2011 (recurso 5094/2010)].

En este sentido hay que tener en cuenta que, por ejemplo, la referencia del precepto a los plazos o al tiempo que debe haber transcurrido para que tales principios sean dignos de protección no puede identificarse ni con los breves plazos de caducidad que el ordenamiento prevé para impugnar los actos administrativos, ni tampoco con el plazo de cuatro años con que cuenta la Administración para declarar lesivos sus propios actos anulables e impugnarlos ante la Jurisdicción (recuérdese que los límites del art. 106 también se aplican al art. 103 LRJ-PAC), de modo que, cuando menos, el tiempo que debe haber transcurrido para poder invocar con éxito los límites temporales del art. 106 debe ser superior a ese plazo mínimo de 4 años que prevé el art. 103 de la LRJ-PAC. Por lo demás, la prescripción de acciones o el transcurso del tiempo por sí sólo, que en el presente caso ni siquiera concurre, no basta para que operen los límites del art. 106, ya que

es preciso, además, que el tiempo transcurrido –u otras circunstancias– consoliden situaciones jurídicas cuya remoción pueda resultar contraria, en el caso concreto, a la buena fe, a la confianza generada, a la equidad, etc.

Por todo ello, y sin perjuicio de que deberá analizarse en cada caso concreto si concurre alguno de tales límites en la revisión de oficio de los actos de nombramiento dictados en aplicación de las Bases, este Consejo Consultivo no aprecia en el presente caso límite alguno a la potestad del Ayuntamiento de Alcorcón para revisar las Bases generales y particulares del referido proceso de funcionarización. Ni el tiempo transcurrido, menos de tres años desde que concluyó el proceso de funcionarización, ni la concurrencia de otras posibles circunstancias (que no se alcanza a detectar), permiten concluir que la declaración de nulidad de las Bases generales y específicas resulte contraria a la equidad, la buena fe, los derechos de terceros o la ley.

En tal sentido, conviene recordar, para concluir, que el procedimiento de revisión de oficio ha sido iniciado a raíz del informe de fiscalización de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid (órgano que depende de la Asamblea y actúa con independencia y sumisión al Derecho), que detectó numerosas irregularidades, y, sobre todo, que los vicios de nulidad de que adolecen tales Bases son tan groseros, graves y ostensibles que los numerosos interesados no pueden alegar buena fe o una confianza protegible. Particularmente en este caso en el que el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 1 de febrero de 2011, por el que se aprueban las Bases, fue fruto de la negociación y acuerdo con los sindicatos en la Mesa General de Negociación sobre funcionarización sobre personal laboral del Ayuntamiento de Alcorcón y de sus Organismos Autónomos celebrada el 22 de diciembre de 2010 y, sobre todo, porque desde un primer momento el proceso planteó evidentes dudas de legalidad al punto que el Secretario

General del Ayuntamiento tuvo que emitir un informe (de 16 de febrero de 2011) a raíz de la petición de un grupo municipal.

**OCTAVA.-** Por último, conviene precisar que el que las Bases generales y específicas incurran en distintas causas de nulidad de pleno derecho y de diverso modo, en función, como se ha visto, de la causa de nulidad de que se trate, tampoco implica indefectiblemente la nulidad de pleno derecho de todos y cada uno de los actos dictados a su amparo. Del mismo modo que las leyes declaradas inconstitucionales, o los reglamentos declarados nulos, no dan lugar necesariamente a la invalidez de los actos administrativos dictados a su amparo, la nulidad de un acto, como el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcorcón por el que se aprueban las Bases analizadas no implica la de los sucesivos actos dictados en el procedimiento.

Se trata, como es sabido, de la regla de la incomunicación de la invalidez y la conservación de actos que constituyen manifestaciones del principio *favor acti* y que, en aplicación del viejo principio *utile per inutile non vitiatur*, consagran hoy los arts. 64.1 y 66 de la LRJPAC. El primero señala que “*la nulidad o anulabilidad de un acto no implica la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero*”, mientras que el segundo ordena que “*el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquéllos actos y trámites cuyo contenido se hubiese mantenido igual de no haberse cometido la infracción*”.

Por consiguiente, será el Ayuntamiento de Alcorcón el que, en el preceptivo procedimiento de revisión de oficio, concrete o individualice los actos de nombramiento que son nulos de pleno derecho como consecuencia de la declaración de nulidad del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 1 de febrero de 2011, por el que se aprueban las Bases generales y específicas del referido proceso de funcionarización.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede acordar la revisión de oficio del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 1 de febrero de 2011, por el que se aprueban las Bases generales y específicas del proceso de funcionarización del Ayuntamiento de Alcorcón, con los efectos que se determinan en la Consideración de Derecho octava, por incurrir en las causas de nulidad de pleno derecho que se invocan en las diversas Consideraciones de Derecho del dictamen.

El presente dictamen es vinculante.

### **VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO, D. PEDRO FELICIANO SABANDO SUÁREZ.**

«El consejero electivo D. Pedro Sabando Suárez, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, con todo respeto a los criterios expuestos por el resto de consejeros de este órgano consultivo, formula voto particular al dictamen aprobado por la Comisión Permanente el 30 de julio de 2014 sobre consulta formulada por el alcalde del Ayuntamiento de Alcorcón, a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz de Gobierno de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 13.1.f) 2.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre revisión de oficio del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcorcón, por el que se aprobaron las bases

generales y específicas de las plazas afectadas por el proceso de funcionarización incluidas en la oferta de empleo de 2011.

Para centrar la cuestión objeto de dictamen he de subrayar que solo se plantea la revisión de oficio sobre las bases generales y específicas, no sobre el proceso de funcionarización completo. Considero necesario efectuar esta aclaración dadas las numerosas observaciones que se realizan en el dictamen sobre supuestas irregularidades en la totalidad del procedimiento para apoyar la decisión de revisar de oficio, perdiendo de vista que no es todo el procedimiento lo que se revisa sino tan solo las bases.

En este sentido se plantean como CAUSAS DE NULIDAD las siguientes:

**1.- Necesidad de aprobación y publicación de la oferta pública de empleo con carácter previo a las bases de la convocatoria. Art. 62.1 f) de la LRJ-PAC.**

El dictamen explicita de forma muy clara que no concurre esta causa de nulidad, criterio del que no se discrepa en este voto particular.

**2.- La participación en el proceso de personal funcionario impedida en las bases. Artículo 62.1 a) de la LRJ-PAC en relación con los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución.**

El dictamen considera que sí concurre esta causa de nulidad al haber establecido el proceso de funcionarización como proceso restringido para el personal laboral fijo.

La disposición transitoria segunda del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) dispone:

*“El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase*

*a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos.*

*Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición”.*

En virtud de esta disposición se permite la funcionarización:

- Del personal laboral fijo
- Mediante procesos de promoción interna
- Convocados por el sistema de concurso oposición
- Para desempeño de funciones de personal funcionario que ya estuvieran desempeñando en el momento de la entrada en vigor del EBEP.

Sobre la funcionarización la reciente Sentencia 111/2014 del Tribunal Constitucional (STC), de 26 de junio de 2014 dictada en el recurso de inconstitucionalidad nº 1453-2014 expresa:

*“En el EBEP queda por tanto excluida en todo caso la integración automática, pues incluso en el régimen excepcional y transitorio se exige la superación de un proceso selectivo, si bien en el seno del mismo cabe hacer valoración de los servicios prestados y de las pruebas selectivas previamente superadas”.*

La STC citada declara la inconstitucionalidad del proceso de funcionarización navarro porque no hubo proceso selectivo sino integración directa (sin prueba o examen alguno), pero queda claro que la funcionarización es posible, aunque de forma excepcional, siempre que se cumplan los requisitos de la DT 2<sup>a</sup>.

El dictamen hace una revisión de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la admisibilidad de los procesos de funcionarización siempre que se cumplan los siguientes requisitos: que estén previstos en una norma con rango de ley; que las pruebas restringidas constituyan un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional; que sean transitorios, lo que impide su repetición en el tiempo y que se respeten en todo caso los principios de mérito y capacidad. Además, efectúa una cita descontextualizada de la sentencia en la que esta afirma que *«resulta inconstitucional la previsión de unas pruebas de acceso restringidas a quienes “tuvieran la condición de personal laboral fijo”»* (F. J. 5<sup>o</sup>), pero lo cierto es que toda la argumentación jurídica de la sentencia pivota sobre la ausencia de pruebas selectivas y ese, y solo ese, es el marco en el que deben extraerse las conclusiones de la sentencia, marco que no concurre en el caso sometido a dictamen ya que en Alcorcón sí hubo procedimiento selectivo como lo es un concurso-oposición.

El dictamen también realiza una exhaustiva interpretación de la DT 2<sup>a</sup> del EBEP acudiendo incluso a la tramitación parlamentaria del mismo, para concluir la inaplicabilidad de la disposición transitoria 15<sup>a</sup> de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública (LMRFP). Con el máximo respeto al criterio expuesto en el dictamen, no me parece correcto que por vía interpretativa se excluya la aplicación de preceptos vigentes, como lo es la disposición transitoria 15<sup>a</sup> de la LMRFP, que admite de forma indubitada la funcionarización y los procesos restringidos.

Sentada la legalidad de la funcionarización en términos generales hemos de ceñirnos al caso concreto:

Se plantea como causa de nulidad de las bases la vulneración de derechos fundamentales, en concreto del derecho de acceso a la función pública para los funcionarios a los que supuestamente se impidió participar en el proceso de promoción interna por el que se llevó a cabo la funcionarización.

El artículo 62.1 a) de la LRJ-PAC literalmente señala como causa de nulidad los actos que *“lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”*.

El derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad sin duda es susceptible de amparo constitucional (23.2 Constitución –CE-) pero para que concurra la causa de nulidad invocada es necesario que el derecho se vea lesionado de forma real y efectiva, no otra interpretación cabe dar al tiempo de conjugación verbal *“que lesionen”* frente a otras expresiones como *“que pudieran lesionar”*.

Lo cierto es que en el expediente, el Ayuntamiento de Alcorcón no señala cuántos ni cuáles son los funcionarios de carrera municipales que hubieran podido concurrir de habérselo permitido las bases. Tampoco consta que ninguno recurriera por no haber podido participar en el proceso de promoción interna. En definitiva, pudiera resultar que no exista ninguno, en cuyo caso la mera hipótesis de que unos inconcretos funcionarios habrían concurrido al procedimiento si se les hubiera permitido no es bastante para declarar la nulidad de las bases y ello, precisamente, porque el acceso a la función pública es un derecho fundamental y como reiteradamente ha expuesto el Tribunal Constitucional el acceso a la función pública conlleva el derecho a permanecer en ella por lo que cualquier actuación o disposición que pueda

afectar negativamente a este derecho fundamental debe realizarse o interpretarse con carácter restrictivo.

Es decir, el Ayuntamiento de Alcorcón no puede invocar una supuesta vulneración del artículo 23.2 CE sino una vulneración real, concreta y comprobable, lo contrario sería vulnerar el derecho fundamental del personal laboral fijo funcionarizado de permanecer en sus cargos y funciones públicas, lo que convertiría la revisión de oficio en un acto nulo de pleno derecho.

En definitiva, la cuestión no es, como señala la propuesta de dictamen, *“dilucidar si la DT 2ª (...) da cobertura legal a procedimientos restringidos o limitados únicamente al personal laboral fijo”*, ya que no es esta la causa de nulidad invocada por el Ayuntamiento, sino si la convocatoria restringida únicamente a personal laboral fijo supuso o no, real y efectivamente, la vulneración del derecho de acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad para funcionarios de carrera del Ayuntamiento de Alcorcón.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este punto (si bien de forma colateral, ya que el asunto sometido a su jurisdicción no era similar al que se ha dictaminado) y en la Sentencia 5212/2013, de 9 de octubre de 2013 (recurso de casación 2102/2012) expone que no se puede vulnerar el artículo 23.2 de la Constitución (CE), en su vertiente de acceso a la función pública para quienes ya son funcionarios de carrera (F. J. 11º). En cuanto a la afectación del derecho a la promoción profesional, la misma sentencia expresa que no se produce lesión del derecho a la promoción profesional *“porque no se integra en el sector público a quienes no lo estuvieran ya; y tampoco la integración implica una actuación dirigida a sustraer a funcionarios o personal laboral de otros entes públicos de la Junta de Andalucía puestos de trabajo determinados a cuya provisión, de otro modo, hubieran podido aspirar”* (F. J. 12º).

Esta es una jurisprudencia reiterada por el Tribunal Supremo en las posteriores y muy recientes sentencias: 395/2014, de 27 de enero de 2014 (recurso de casación 37740/2012); 298/2014, de 29 de enero de 2014 (recurso de casación 3818/2012) y 1502/2014, de 9 de abril de 2014 (recurso de casación 489/2013).

El argumento contenido en el F. J. 12º de la Sentencia 5212/2013, de 9 de octubre de 2013 pone de manifiesto que solo en el caso de que, efectivamente, se hubiera impedido a los funcionarios de carrera del Ayuntamiento de Alcorcón la promoción a puestos a los que hubieran podido aspirar, concurriría dicha causa de nulidad. Pero lo cierto es que el Ayuntamiento de Alcorcón no menciona ni tan siquiera un caso en que concurra dicha circunstancia, por lo que no cabe argumentar la nulidad de pleno derecho en virtud de una mera hipótesis.

### **3.- Ausencia de garantías en las bases que permitieron la participación de personal laboral temporal. Artículo 62.1. a), e) y f) de la LRJ-PAC.**

En tanto las bases generales disponen que se rigen por la DT 2ª del EBEP resulta evidente que los desvíos de dicha disposición son un problema de aplicación de las bases por parte del Ayuntamiento de Alcorcón, pero no de las bases mismas.

En tanto en cuanto no es la integridad del proceso de funcionarización lo que se revisa de oficio, sino únicamente las bases, no procede considerar la nulidad de pleno derecho de otros actos, como pudieran ser las admisiones al proceso del personal que no fuera laboral fijo.

El dictamen viene a sostener esta misma argumentación al afirmar:

*“(...) puede haber dado lugar a que, por haberlo permitido así las Bases específicas, se hayan producido actos de aplicación que son nulos de pleno derecho tanto por vulnerar el derecho fundamental a*

*acceder en condiciones de igualdad al empleo público [art. 62.1 a) LRJ-PAC], como por otorgarles a determinadas personas un derecho (el del acceso a la condición de funcionario de carrera) a pesar de que carecían de un requisito esencial para su adquisición [art. 62.1 f) LRJ-PAC]”.*

Puesto que los actos de aplicación de las bases no son objeto de revisión sino solo las bases no es necesario que nos detengamos más en el examen de esta causa de nulidad, ya que la misma no concurre en las bases en tanto en cuanto éstas se remiten a la DT 2ª del EBEP cuyos requisitos son de obligado cumplimiento lo recojan o no las bases de forma expresa. El argumento contemplado en el dictamen, llevado al extremo, equivaldría a exigir que las bases de las convocatorias de procedimientos selectivos para el ingreso a la función pública recojan el contenido de toda la normativa aplicable en cada caso, lo que sin duda no sucede en la práctica sin que ello conlleve la nulidad de pleno derecho de las bases.

**5.- Defensa oral o curricular o mera entrevista con el candidato como prueba autónoma. Artículo 62.1 a) de la LRJ-PAC.**

**6.- Discriminación por la valoración de los méritos en la fase de concurso. Artículo 62.1 a) de la LRJ-PAC en relación con los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, 57 del EBEP y 39 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea.**

Las dos últimas causas de resolución invocadas por el Ayuntamiento de Alcorcón podrían subsumirse en una más amplia, y entiendo que así lo hace también el dictamen que sería que no se cumplió la exigencia legal de realizar un concurso-oposición.

A este respecto el dictamen afirma:

*«El proceso de funcionarización se ha desarrollado aparentemente bajo la modalidad de concurso-oposición y así lo establecen las bases generales. Sin embargo las distintas bases específicas responden a un mismo patrón, en el que en la fase de concurso sólo se valoran los servicios prestados, “de hecho” [sic] o de derecho, en el Ayuntamiento de Alcorcón, y en la fase de oposición no hay una verdadera prueba de aptitud, sino un sistema de evaluación sui generis que responde más bien al trabajo que se desempeña habitualmente y en el que no se especifica de forma clara el tipo de ejercicio a realizar, sino que se prevé un primer ejercicio, que consiste en “evaluaciones de actividades prácticas que se realicen con respecto a las unidades didácticas que integran el programa”, y un segundo ejercicio en el que se realizará “la defensa oral del primer ejercicio” o, en otros casos, la defensa del curriculum vitae presentado. En el caso de las actividades prácticas relativas a unidades didácticas las bases recogen de una manera un tanto oscura que:*

*“Dichas evaluaciones se formularán como propuesta de calificación al tribunal, quien, a su criterio, la elevará a calificación definitiva. Las unidades didácticas indicadas guardarán relación directa con los temas que constituyen el programa que consta en el presente anexo”.*

*Ello es especialmente grave si se entiende que es el aspirante quien formula libremente esas propuestas al Tribunal eligiendo el tema. Por último, también se omite que la valoración de los méritos no puede determinar el resultado final del proceso y que la fase de oposición tiene carácter selectivo y ha de ser determinante para la superación del mismo. Estaríamos así, utilizando la expresión de la STS de 28 de noviembre de 1992 ante una suerte de “cosmética jurídica” que, por la vía de un concurso-oposición en el límite de lo*

*admisibles, encubriría una integración automática del personal laboral en plazas de funcionario, algo completamente prescrito por el Tribunal Constitucional y por la propia legislación básica estatal».*

Una lectura de las bases específicas nos permite afirmar que el proceso selectivo consistió en:

1. La elaboración de una memoria sobre algún tema del programa.
2. La realización de actividades prácticas sobre algún tema del programa o, alternativamente, la defensa del currículum vitae.
3. Responder las preguntas que plantea el tribunal.

A continuación el dictamen extiende una sombra de duda sobre las actividades prácticas relativas a unidades didácticas al suponer: “*si se entiende que es el aspirante quien formula libremente esas propuestas al Tribunal eligiendo el tema*”. Pero ¿y si no se entiende tal cosa? ¿En qué hechos se funda el dictamen para hacer tal suposición?

Sin entrar a polemizar sobre si dichas dudas están o no justificadas, lo cierto es que solo la elaboración de un tema del programa y la contestación de preguntas por el tribunal constituyen ejercicios suficientes para considerar que los aspirantes han acreditado su mérito y capacidad.

En otros procedimientos selectivos se admiten esquemas de examen similares sin que se cuestione ni remotamente que pudieran vulnerar los principios de mérito y capacidad.

**El dictamen también se refiere a una causa de nulidad que no es invocada por el Ayuntamiento:**

*«(...) este Consejo considera que las Bases generales también incurren en otra irregularidad relevante, que puede dar lugar a la*

*nulidad de pleno derecho de algunos de los actos dictados en su aplicación.*

*La Base segunda, relativa a las condiciones generales de los aspirantes, se limita a exigir que éstos tengan la condición de personal laboral fijo de plantilla del Ayuntamiento y que presten “sus servicios profesionales en puestos de trabajo reservados a personal funcionario”, pero no especifican, como debieran haber especificado, que tales servicios en puestos de trabajo reservados a funcionarios deberían estar siendo prestados ya desde la fecha de entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público».*

Entiendo que no procede pronunciarse sobre una causa no planteada en el expediente de revisión ya que los interesados no han podido efectuar alegaciones sobre la misma, por lo que se les produciría indefensión si dicha causa de nulidad fuese apreciada ahora.

En todo caso, considero que la causa tampoco concurre a que la DT 2ª del EBEP no exige que el personal laboral fijo preste servicios “*en puestos de trabajo reservados a funcionarios*”, como señala el dictamen sino que “*desempeñen funciones de funcionario*”, lo cual es bien distinto.

El Dictamen expone, acertadamente, que el desempeño de funciones propias de funcionario no queda a la libre interpretación de los responsables, lo cual comparto, ahora bien de ello no se desprende de forma inexorable, como pretende el dictamen que tal desempeño se pueda establecer únicamente por la relación de puestos de trabajo.

En realidad, el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL) regula en su Capítulo V a “*los demás funcionarios de carrera*” en contraposición a los funcionarios de carrera de la Administración local que no tengan habilitación de carácter nacional. En

este Capítulo, el artículo 167 divide entre escala de funcionarios de Administración general (con las siguientes subescalas: técnica, de gestión, administrativa, auxiliar y subalterna) y escala de Administración especial (con las subescalas: técnica y de servicios especiales).

El artículo 170.1 TRRL dispone que tendrán la consideración de funcionarios de Administración especial *“los que tengan atribuido el desempeño de las funciones que constituyen el objeto peculiar de una carrera, profesión, arte u oficio”*.

De acuerdo con esta normativa, que no se refiere al personal de habilitación de carácter nacional, como ocurría con la derogada disposición adicional segunda del EBEP, no procede para este tipo de personal la consideración de que queden reservadas a funcionarios las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, fe pública y asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, contabilidad y tesorería.

Por ello, entiendo que con fundamento en el artículo 170.1 TRRL se puede considerar que todo el personal laboral fijo que concurrió al proceso de funcionarización desempeñaba funciones de personal funcionario, sin necesidad de acudir a la relación de puestos de trabajo.

Por último el dictamen hace una alusión a unas supuestas múltiples irregularidades para invocar como causa de nulidad la ausencia de procedimiento, pero lo cierto es que tales defectos procedimentales el dictamen los predica no del *iter* de aprobación de las bases sino del procedimiento de funcionarización. No parece pertinente al caso hacer referencias genéricas a hipotéticas irregularidades del proceso de funcionarización ya que no es el proceso lo que se revisa de oficio sino solo las bases, debiendo suponer que el Ayuntamiento de Alcorcón hubiera

procedido a revisar de oficio todo el procedimiento (y no solo las bases) si considerase que concurrió en el mismo tal cúmulo de ilegalidades.

Por último, el dictamen hace una referencia a LOS LÍMITES DE LA REVISIÓN DE OFICIO también para concluir que no procede su aplicación en el presente caso.

En tanto en cuanto no compartimos que concurra ninguna causa de nulidad no sería necesario hablar de los límites de la revisión de oficio.

Ahora bien, si admitiésemos a efectos meramente dialécticos que pudiese concurrir alguna de las causas de nulidad señaladas en el expediente de revisión de oficio, sin duda procedería la aplicación del artículo 106 LRJ-PAC ya que de todo lo expuesto hasta ahora cabe afirmar que si concurriese causa de nulidad, la misma no sería *“patente, clara y manifiesta”* y por ello la revisión de oficio podría resultar contraria a la equidad y a los derechos del personal laboral fijo que concurrió con confianza legítima a un proceso convocado por la Administración que ahora pretende su nulidad y no recurrido por funcionario alguno del Ayuntamiento que hubiera visto vulnerado su derecho a participar en el procedimiento.

El Tribunal Supremo en sentencia de 31 de marzo de 1998, analizaba ese siempre difícil equilibrio afirmando:

*«Como ya tiene declarado el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, de las que son una muestra sus últimas de 1/02/1990, 03/05/1990, 08/06/1990 y 05/10/1990, "en el conflicto que se suscita entre la "estricta legalidad" de la actuación administrativa y la "seguridad jurídica" derivada de la misma, tiene primacía esta última sobre aquélla, cuando la Administración mediante actos externos inequívocos mueve al administrado a realizar una actividad que le origina unos necesarios desembolsamientos económicos,*

*organización de medios personales y materiales"; ya que, la aludida doctrina del Tribunal Supremo acoge un principio, que aunque no extraño a nuestro Ordenamiento Jurídico bajo la denominación de la "bona fides", ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de la Comunidad Europea bajo la rúbrica de "principio de protección de la confianza legítima del ciudadano" en el actuar de la Administración que se beneficia a su vez del principio de "presunción de legalidad de los actos administrativos", si bien aquel principio no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha "confianza" se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración, lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la "apariencia de legalidad" que la actuación administrativa a través de actos concretos revela, moviendo a la voluntad del administrado a realizar determinados actos, inversiones económicas, medios materiales y personales, que después no concuerdan con la verdadera voluntad de la Administración y sus consecuencias, revelada y producidas con posterioridad a la material realización de aquéllos por los particulares».*

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2006:

*“La apreciación de una confianza que pueda justificar la valoración de una revisión de oficio como constitutiva de un proceder administrativo contrario a la buena fe exigirá algo más: que la Administración haya hecho cualquier clase de manifestaciones sobre la validez de un concreto aspecto o elemento de su actuación administrativa; que haya generado la apariencia de que esa era ya una cuestión previamente analizada y valorada por ella; y que, posteriormente, promueva la revisión de oficio con base en la*

*invalidez de ese mismo elemento y en contradicción con su anterior manifestación sobre esa concreta cuestión”.*

Finalmente, el dictamen realiza un examen sobre los efectos de declaración de nulidad de las bases para concluir que tal nulidad no determina sin más la nulidad de los nombramientos de efectuados al amparo del procedimiento sino que se requerirían procedimientos de revisión de oficio individualizados caso a caso, criterio que comparto plenamente si se llegase a resolver la nulidad de las bases.

Sin perjuicio de la última observación y por toda la exposición que la precede, entiendo, discrepando respetuosamente del acuerdo de la mayoría, que habría de dictaminarse desfavorablemente la propuesta de declaración de nulidad del acto objeto de revisión».

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO, D. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS.**

«Andrés de la Oliva Santos, Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo y con el mayor respeto a la decisión mayoritaria, formulo voto particular discrepante respecto del dictamen 334/14 de este Consejo sobre la consulta formulada por el alcalde del Ayuntamiento de Alcorcón respecto de revisión de oficio del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcorcón, por el que se aprobaron las bases generales y específicas de las plazas afectadas por el proceso de funcionarización incluidas en la oferta de empleo de 2011.

Estamos de acuerdo con el dictamen mayoritariamente aprobado en la mayoría de las muy negativas valoraciones que contiene acerca de la conformidad a Derecho de las referidas bases. Y consideramos sumamente acertado delimitar a lo que es objeto del procedimiento de revisión, esto es, la declaración de nulidad de dichas bases, nulidad que en modo alguno comportaría la de todos los actos derivados de su aplicación y, concretamente, de los nombramientos de funcionarios en el citado Ayuntamiento. Sin embargo, lamentamos discrepar del dictamen en ciertos puntos que consideramos esenciales, lo que nos ha impedido votar con la mayoría.

Por el apremio de tiempo que el asunto exige, habremos de expresarnos muy sintéticamente, con el riesgo que la síntesis entraña. Son dos los puntos esenciales de nuestra discrepancia.

I.- No compartimos el valor que la mayoría del Consejo atribuye, al dictaminar la consulta de este caso, a la naturaleza extremadamente excepcional del procedimiento de revisión de actos administrativos firmes. A nuestro entender, tal revisión entraña una potestad exorbitante de la Administración, que reclama una interpretación estricta y restrictiva de los arts. 102 y 62.1 de la Ley 30/1992, en su obligado contexto de otras vías legales de revisión de actos y de otros vicios de éstos consistentes, a la postre, en no ser conformes a Derecho.

Sin ninguna duda, la mayoría de los Consejeros se han esforzado al máximo por tener en cuenta lo que acabamos de decir, que a buen seguro comparten, de manera que nuestra discrepancia no debe entenderse como reproche de ninguna clase, sino meramente como expresión de nuestro personal criterio al proyectarse al caso la excepcionalidad y la restrictiva interpretación. El procedimiento de revisión de oficio no procede ante graves y numerosas ilegalidades, sino por causas tasadas de nulidad radical o de pleno derecho, causas que no es admisible interpretar extensivamente,

sino que, por el contrario, resulta obligado interpretar restrictivamente. Reiteramos que un procedimiento de revisión por nulidad de actos firmes entraña apreciar una determinada antijuridicidad, en cierto modo más intensa que la que permite a los órganos jurisdiccionales anular actos y disposiciones administrativas por no ser conformes a Derecho e incluso más intensa y específica que la que autoriza o impera un juicio de prevaricación administrativa.

Así, al ser objeto del procedimiento de revisión iniciado por el referido Ayuntamiento las bases generales y específicas de un procedimiento de funcionarización ulterior, el dictamen tendría que determinar si tales bases, en sí mismas y por sí mismas:

a) han lesionado derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (art. 62.1, letra a). A nuestro parecer, tal lesión no se ha dado, por la misma naturaleza de las bases. Las posibles lesiones a derechos y libertades serían consecuencia de la aplicación de esas bases y el remedio para esas lesiones debería proceder de una revisión de oficio de los actos administrativos causantes de la lesión;

b) procedían de órgano incompetente por razón de la materia o del territorio (art. 62.1, letra b). Esta causa de nulidad radical no concurre y no ha sido planteada siquiera;

c) si tenían un contenido imposible (art. 62.1, letra c). Reiteramos lo dicho acerca de la hipótesis inmediatamente anterior;

d) si eran constitutivas de infracción penal o se dictaron como consecuencia de una tal infracción (letra d del aptdo. 1 del art. 62). No es un punto que haya sido planteado, ni siquiera indirectamente;

e) si se dictaron (las bases) *“prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”* (art. 62.1 letra e). Nos parece que

nada se dice en el dictamen en tal sentido, porque esta causa de nulidad ha de relacionarse, no con lo que pretendía el acto pretendidamente viciado de nulidad (la promoción de quienes ya trabajaban para el Ayuntamiento consultante), sino con el acto mismo. Las bases podían no ajustarse a la legalidad en muchos aspectos y podían prever un procedimiento rotundamente inadecuado desde el punto de vista legal, pero el vicio de nulidad no atañe a la legalidad del procedimiento que las bases inician, sino al procedimiento que finaliza con las bases;

f) si las bases atribuyeron facultades y derechos a quienes carecían de los requisitos esenciales para adquirir las facultades y derechos de que se tratase (art. 62.1, letra f). Consideramos muy claro que no fue así.

Como quiera que la causa de nulidad prevista en la letra g) del art. 62.1 de la precitada Ley 20/1992 no ha sido por nadie invocada, la conclusión del dictamen respecto del concreto procedimiento de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de Alcorcón tendría que haber sido desfavorable a tal revisión.

II.- Consideramos justificado que un dictamen del Consejo Consultivo rectifique errores en la invocación de causas de nulidad, en la medida en que el error pueda considerarse un error material. No consideramos justificado que el dictamen se apoye, en cambio, en causa de nulidad no invocada por el Ayuntamiento consultante. Es defendible que, actuando así, el Consejo Consultivo se constituye en asesor de la Administración más allá de lo que los concretos dictámenes le permiten, pero más claro aún nos parece que, de ese modo, la resolución de la Administración consultante se podría dictar sin la debida intervención de los interesados, que no pudieron tomar en consideración el contenido de nuestro dictamen.

Nos permitiremos, para terminar, una consideración complementaria, pero que consideramos oportuna ante el asunto objeto de dictamen. La

posición que mantenemos, sin la menor pretensión de superioridad y no digamos de infalibilidad, no conlleva, como podría parecer, un rigor impeditivo de la corrección de situaciones gravemente antijurídicas, que personalmente se nos hace difícil entender que fuesen consentidas. De hecho, entendemos que el estado de cosas que la consulta pone de manifiesto es susceptible de corrección por la vía de la revisión de oficio, aunque con distinto enfoque, sin que debamos añadir nada más. Nuestra convicción, quizá no acertadamente expresada en este caso, es que la gravedad de las situaciones a las que se hace frente con el excepcional instrumento de la revisión de oficio no debe disminuir el extremo cuidado en el manejo de tal instrumento.

Madrid, a 31 de julio de 2014».

Madrid, 1 de agosto de 2014