

Dictamen n^o: **48/15**
Consulta: **Alcaldesa de Mejorada del Campo**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **11.02.15**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 11 de febrero de 2015, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa del Ayuntamiento de Mejorada del Campo, a través del consejero de Presidencia, Justicia y portavoz de Gobierno de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre revisión de oficio de los Decretos de la Concejalía de Hacienda, Personal, Empleo y Desarrollo Local por los que se procedió a la contratación y cese de trabajadores municipales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 15 de enero de 2015 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid una solicitud de consulta de la alcaldesa del Ayuntamiento de Mejorada del Campo, formulada a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, sobre la revisión de oficio de los Decretos 895/2014 y 909/2014, ambos de 24 de noviembre, por los que se procedió, respectivamente, a la contratación de F.F.F., en la modalidad de relevo a tiempo parcial en sustitución de M.M.M. y al cese del primero como administrativo funcionario interino a tiempo completo.

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

La Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria celebrada el 27 de junio de 2014, aprobó las bases específicas que regían la convocatoria para la provisión, por sistema de concurso-oposición libre, de dos plazas de conserje de personal laboral mediante contrato de duración determinada de relevo a tiempo parcial (75% de jornada) por jubilaciones parciales de dos trabajadores municipales.

Dichas bases se apoyaban en el convenio colectivo del personal laboral municipal que prevé la jubilación parcial del citado personal.

Mediante Decreto 895/2014, de 24 de noviembre, de la concejala delegada de Hacienda, Personal, Empleo y Desarrollo Local, se procedió a la contratación de F.F.F., mediante la modalidad de relevo a tiempo parcial con una jornada equivalente al 75% de la habitual, relevando al trabajador que se jubilaba parcialmente, M.M.M., con quien se formalizó a su vez contrato de duración determinada a tiempo parcial por jubilación parcial y realizando, el trabajador relevado la restante jornada del 25% establecida en el Convenio Colectivo de aplicación.

Ambos contratos tenían fecha de inicio de 24 de noviembre de 2014 y fecha de finalización 20 de enero de 2018.

Asimismo, mediante Decreto 909/2014, de 24 de noviembre se acordó el cese de F.F.F., como administrativo funcionario interino (C-1) a tiempo completo, por pasar a relevista personal laboral temporal (conserje) con efectos de 24 de noviembre de 2014.

Dicho cese se formalizó mediante acta suscrita el 24 de noviembre de 2014, con la consiguiente baja del trabajador.

El 12 de diciembre de 2014 tuvo entrada en el Ayuntamiento de Mejorada del Campo una Comunicación de la Dirección Provincial del INSS de denegación de la solicitud de jubilación parcial del trabajador municipal M.M.M., instando la anulación de la parcialidad del alta en el Régimen

General de la Seguridad Social, por no reunir los requisitos contemplados en el artículo 166 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).

Por Decreto 963/2014, de 19 de diciembre, la alcaldesa resolvió avocar la competencia delegada en la Junta de Gobierno Local en virtud del Decreto 506/2011, de 14 de junio, incoando de oficio expediente de revisión de oficio en relación con el pronunciamiento primero del Decreto 895/2014, de 24 de noviembre y en su totalidad el Decreto 909/2014, de 24 de noviembre, acordando asimismo suspender su ejecución, a fin de evitar los perjuicios que al Ayuntamiento como Administración empleadora y a los trabajadores afectados pudiera causar, en particular ante la Seguridad Social.

La citada resolución de incoación fue notificada el 26 de diciembre de 2014 a M.M.M. y a F.F.F., concediéndoles un plazo de diez días hábiles para alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

Con fecha 29 de diciembre de 2014, los interesados presentaron sendos escritos en los que manifestaban su conformidad y daban por concluido el trámite de audiencia.

Del Decreto 963/2014, de 19 de diciembre, se ha dado asimismo traslado a la Dirección Provincial del INSS, a la Tesorería General de la Seguridad Social, y a la Oficina del Servicio Público de Empleo Estatal.

Se ha incorporado al expediente el informe emitido por el secretario general del Ayuntamiento, de 9 de enero de 2015, en el que considera que los dos Decretos objeto de revisión son actos separables susceptibles de ser revisados de oficio.

Destaca la existencia de dictámenes de los Consejos Consultivos de La Rioja y de Canarias en cuanto a la revisión de oficio de actos relativos a contratos de relevo.

Considera que los actos revisados incurren en las causas de revisión de los apartados e) y f) del artículo 62 de la LRJ-PAC.

La primera causa de revisión por cuanto las bases del procedimiento selectivo establecían como condición para la contratación del relevista y del relevado el que se concediese a este la jubilación parcial. Esa condición tenía el carácter de suspensiva por lo que no es que la contratación fuera previa a la jubilación parcial sino que esta no ha llegado a producirse.

La segunda causa de nulidad (apartado f) deriva del hecho de que los interesados incumpliesen lo dispuesto en el artículo 166.2 del TRLGSS.

Se apoya en lo recogido en el Dictamen 96/10, de 25 de noviembre, del Consejo Consultivo de La Rioja que considera que la denegación de la jubilación parcial es causa de nulidad al amparo del artículo 62.1 f) de la LRJ-PAC sobre la base de la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Puesto que el nombramiento del trabajador relevista es nulo lo es también el cese como funcionario interino del trabajador relevado puesto que no existirá causa de cese conforme exige el artículo 10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), no habiéndose reincorporado la persona titular de la plaza que se encuentra en situación de incapacidad temporal.

El 9 de enero de 2015 emite informe la Intervención municipal mostrándose de acuerdo con la revisión.

Mediante Providencia de 9 de enero de 2015, la alcaldesa asumió como propuesta de resolución la contenida en el informe emitido por la Secretaría General, de fecha 9 de enero de 2015 y solicita dictamen a este Consejo Consultivo en el plazo de quince días, por razones de urgencia que justifica por las posibles sanciones de la autoridad laboral y de la Seguridad Social.

Con fecha 22 de enero de 2015 y previo informe favorable de la Comisión permanente del Consejo a solicitud del consejero ponente se requirió al Ayuntamiento información complementaria sobre las causas de denegación por la Seguridad Social de la jubilación parcial.

El 2 de febrero tuvo entrada en el Consejo la documentación adicional remitida por el Ayuntamiento de la que deriva que se denegó la pensión de jubilación puesto que el trabajador relevista no estaba desempleado ni tenía concertado con la empresa un contrato de duración determinada.

TERCERO.- La alcaldesa de Mejorada del Campo, mediante oficio de 9 de enero de 2015 formula consulta, por trámite de urgencia, a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno, que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 15 de enero 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 formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 11 de febrero de 2015.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente, una vez remitida la documentación adicional requerida.

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) 2º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la

Comunidad de Madrid y a solicitud del alcalde de 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 Mejorada del Campo 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, donde se establece que el Consejo Consultivo deberá ser consultado, entre otros asuntos, en los expedientes tramitados por las entidades locales sobre la posible revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes.

Por remisión, debe traerse a colación el artículo 102.1 de la LRJ-PAC en el que se establece la posibilidad 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, si lo hubiere, y que éste tenga sentido favorable.

Por tanto la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en este supuesto carácter vinculante.

SEGUNDA.- La revisión de oficio en el ámbito local, con carácter general, se regula en el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), que permite a las Corporaciones Locales revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el

alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

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

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

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.

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

En este caso el procedimiento se inició por Decreto de Alcaldía de 23 de diciembre de 2014 por lo que el plazo expiraría el 23 de marzo de 2015.

La competencia para resolver el procedimiento de revisión corresponde a la alcaldesa conforme el artículo 124.4 m) 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 conforme establecen los dictámenes 25/14, de 22 de enero y 116/14, de 26 de marzo.

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

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

En cuanto la potestad exorbitante de la Administración frente a la regla general de que nadie puede ir contra sus propios actos la carga de la prueba

de la existencia de motivos de nulidad corresponde a la Administración como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 (recurso 3843/2011).

Como hemos indicado, en el presente procedimiento, se pretende revisar dos actos, de un lado el decreto que autoriza la contratación de los dos trabajadores en la modalidad de contrato de relevo y de otro el cese como funcionario interino de uno de ellos.

El artículo 102 de la LRJ-PAC establece que para proceder a la revisión ha de tratarse de actos *“que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo”*.

Puesto que ambos actos han sido dictados por la Alcaldesa, uno directamente y otro dando su visto bueno al dictado por la concejala de Desarrollo, Empleo, Hacienda y Personal pone fin a la vía administrativa conforme el artículo 52.2 de la LBRL.

No obstante procede advertir que, respecto del Decreto 895/2014, la revisión no se extiende, lógicamente, a su apartado segundo referido a un contrato de relevo distinto.

Conviene señalar que no se trata de revisar el contrato de relevo (de naturaleza laboral) sino el acto de formación de la voluntad de la Administración en orden al acceso a la función pública que, en cuanto acto separable del contrato laboral, es susceptible tanto de revisión de oficio como del control por la jurisdicción contencioso administrativa (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2000 (recurso 3765/1996)).

CUARTA.- Procede analizar cada una de las posibles causas de nulidad de esos actos, tal y como se recogen en la resolución de la alcaldesa por la que se solicita el dictamen de este órgano consultivo asumiendo el contenido del informe de la Secretaría municipal.

En primer lugar se considera que los citados actos incurren en la causa de nulidad del artículo 62.1 e) de la LRJ-PAC puesto que las bases por las que se regía el procedimiento de selección para la provisión de dos plazas de conserje del personal laboral mediante contrato de duración determinada de relevo a tiempo parcial establecían (base 11^a) que la selección y la contratación estaban condicionadas a la concesión de la jubilación parcial del trabajador relevado.

Puesto que esa jubilación fue denegada por el Instituto Nacional de Seguridad Social considera el Ayuntamiento que, al denegarse la jubilación parcial el 12 de diciembre de 2014, el decreto 895/2014, de 14 de noviembre, por el que se acordaba proceder a la contratación en la modalidad de relevo de los dos interesados, devendría ineficaz.

Sin entrar a discutir si el Decreto 895/2014 estaba condicionado a la concesión de la jubilación parcial de tal forma que, denegada esta, el Decreto no llegaría a producir efectos conforme el artículo 57.2 de la LRJ-PAC, este Consejo considera que no se puede afirmar que estemos ante una omisión completa del procedimiento o de trámites esenciales del mismo en los términos exigidos en el apartado e) del artículo 62 de la LRJ-PAC.

No sucede lo mismo con la causa de nulidad del apartado f) del artículo 62 de la LRJ-PAC ya que el contenido de dicho acto supone conceder a los dos interesados el derecho a ser contratados bajo la modalidad de contrato de relevo, lo cual es imposible puesto que el trabajador relevista adquiere un derecho careciendo de los requisitos establecidos por la normativa laboral y de seguridad social.

Dado que admitir la validez del acto supondría una vulneración flagrante de la normativa laboral es necesario proceder a declarar su nulidad.

Por todo ello procede declarar la nulidad del Decreto 895/2014, de 24 de noviembre.

QUINTA.- Por lo que respecta al Decreto 909/2014, de 24 de noviembre por el que se cesaba al relevista del puesto que ocupaba como funcionario interino ha de destacarse que declarada la nulidad del Decreto 895/14 ha de declararse asimismo la nulidad del Decreto 909/2014 conforme el artículo 64 de la LRJ-PAC puesto que dicho cese se basa precisamente en que el funcionario interino pasa a la condición de relevista.

Puesto que la causa del Decreto 909/2014 era precisamente el Decreto 895/2014 la nulidad de este produce automáticamente la nulidad del primero en virtud del “*efecto cascada*” que la anulación de un acto supone sobre los dependientes del anulado (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2008 (recurso 6967/2005) y 15 de diciembre de 2009 (recurso 832/2008)).

Ello hace innecesario plantearse otras posibles causas de nulidad puesto que, aunque ciertamente no es posible el cese de los funcionarios interinos por causas distintas de las recogidas en el EBEP, el considerar ese cese como incurso en el apartado f) del artículo 62 de la LRJ-PAC no deja de plantear dudas ya que el cese no supone en realidad la adquisición de un derecho tal y como exige el citado precepto.

En realidad el interesado debería haber renunciado previamente a su condición de funcionario lo cual le habría permitido acceder a la condición de relevista evitando así todas las consecuencias posteriores al denegar el Instituto Nacional de Seguridad Social la jubilación parcial por no estar en situación de desempleo.

En todo caso lo cierto es que, puesto que se anula el nombramiento del trabajador relevista, ha de procederse a llamar al siguiente candidato por orden de puntuación en el procedimiento selectivo, conforme establecen las bases del procedimiento selectivo (base 11^a).

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede acordar la revisión de oficio de los Decretos 895/2014 y 909/2014, de 24 de noviembre.

Madrid, 11 de enero de 2015

