

Dictamen nº: **110/16**
Consulta: **Alcalde de Torrejón de Velasco**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **19.05.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 19 de mayo de 2016, sobre la consulta formulada por el alcalde presidente del Ayuntamiento de Torrejón de Velasco a través de la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3.f).b de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre revisión de oficio del Decreto de 28 de enero de 2011 por el que se concedía a D. J.S.F. (en adelante, el interesado) un periodo de excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 6 de mayo de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen firmada el 28 de abril de 2016 por la Directora General de Administración Local mediante firma delegada del Consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, referida al expediente de revisión de oficio procedente del Ayuntamiento de Torrejón de Velasco en relación con Decreto de 28 de enero de 2011 por el que se concedía al interesado un periodo de excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo.

A dicho expediente se le asignó el número 254/16, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. M^a Dolores Sánchez Delgado, quien formuló y firmó la propuesta de acuerdo, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 19 de mayo de 2016.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

Mediante Decreto de 28 de enero de 2011 se concedió al interesado una excedencia voluntaria desde el 27 de enero de 2011 hasta el 26 de enero de 2016 al amparo del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRET) y con derecho a reserva del puesto de trabajo.

Del informe de la Secretaría General de 2 de marzo de 2016, emitido en relación de una reclamación previa del interesado a la vía laboral, se desprende que, con carácter previo a la excedencia voluntaria que le fue reconocida en enero de 2011, el interesado había disfrutado de otro periodo de excedencia por cuidado de hijos por el plazo máximo legal.

Según dicho informe, el 4 de enero de 2016 el Ayuntamiento de Torrejón de Velasco despidió al interesado, por lo que este formuló reclamación previa a la vía laboral en solicitud de que se declarase nulo el despido, se acordase la readmisión del trabajador y el abono de los

salarios de tramitación o el abono de la indemnización legalmente establecida.

El informe de la Secretaría General hizo las siguientes propuestas:

- Desestimar la reclamación previa a la vía judicial porque al haber solicitado un periodo de excedencia por cuidado de hijos, no tenía que haberse declarado otro periodo de excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo por aplicación de los artículos 46 del TRET y 24.1 del Convenio Colectivo del ayuntamiento de Torrejón de Velasco.

- Incoar un expediente de revisión de oficio para declarar la nulidad del Decreto de 28 de enero de 2011 al amparo del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC).

- Notificarlo al interesado para que pudiese presentar alegaciones y solicitar informe a la Comisión Jurídica Asesora.

El 7 de marzo de 2016 el alcalde presidente dictó resolución de incoación del procedimiento de revisión de oficio del Decreto de 28 de enero de 2011, y se procedió a notificarlo al interesado al que se dio un plazo de 15 días para formular alegaciones, que no presentó.

El 31 de marzo de 2016 el alcalde presidente dictó propuesta de resolución por la que se proponía: declarar la nulidad de pleno derecho del Decreto de 28 de enero de 2011 de conformidad con el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC; solicitar dictamen de la Comisión Jurídica Asesora; suspender el plazo máximo para resolver el procedimiento en virtud del artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC; y notificar la propuesta a los interesados “*sin perjuicio de que se interponga lo que estime oportuno al presente*”.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f).b de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, debe ser consultada en los expedientes de las entidades locales sobre revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes. La consulta se solicita por el alcalde presidente del Ayuntamiento de Torrejón de Velasco a través de la directora general de Administración Local por delegación de firma del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio al amparo del artículo 18.3.c) del ROFCJA.

SEGUNDA.- Dentro de las corporaciones locales, la determinación de la competencia para proceder a la revisión de oficio de los actos se determina de conformidad con los artículos 29.3.e) y 30.1.e) de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de la Administración Local de la Comunidad de Madrid (en adelante, LAL), que disponen que corresponderá a cada uno de los órganos municipales –pleno y alcalde– “*la resolución de los procedimientos de revisión de oficio de actos nulos en materia de su competencia*”. En este caso, el decreto que se pretende revisar fue dictado por el alcalde presidente dadas las competencias que ostenta en materia de personal (art. 21.1.h) de la LBRL, por lo que le corresponde también la facultad de revisarlo de oficio.

Por otro lado, en aplicación del artículo 52.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, (en lo sucesivo, LBRL) el acto que se pretende revisar pone fin a la vía

administrativa, por lo que hay que entender que es susceptible de revisión de oficio.

TERCERA.- La revisión de oficio en el ámbito local, con carácter general, se regula en el artículo 53 de la 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 Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante, Real Decreto 2568/1986) indican que dichas Corporaciones, dentro de la esfera de sus competencias, tienen atribuida la potestad de revisión de oficio de sus actos, resoluciones y acuerdos, con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

La señalada remisión a la legislación del Estado conduce a los artículos 102 a 106 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), que regulan la revisión de los actos de la Administración en vía administrativa.

El artículo 102.1 de la LRJ-PAC 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, desde un punto de vista material, 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.

En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, el citado artículo no contempla un procedimiento específico a seguir para la sustanciación de los expedientes de declaración de nulidad, limitándose a señalar, la preceptividad del dictamen previo favorable del órgano consultivo que corresponda, referencia que debe entenderse hecha, a partir de su creación, a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, creada por la ya citada Ley 7/2015.

Por ello, han de entenderse de aplicación las normas generales recogidas en el Título VI de la LRJ-PAC, denominado “*De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos*”, con la singularidad de que el dictamen del órgano consultivo reviste carácter preceptivo y habilitante de la revisión pretendida, y que el procedimiento, si es iniciado de oficio, puede incurrir en caducidad si la tramitación supera el plazo de tres meses, *ex artículo 102.5 de la LRJ-PAC*.

En este caso, el acuerdo de inicio del expediente de revisión se produjo el 7 de marzo de 2016, pero el plazo se suspendió ya que el 31 de marzo de 2016 el alcalde presidente dictó propuesta de resolución por la que se proponía la remisión del expediente a esta Comisión, la suspensión del plazo para resolver el procedimiento en virtud del artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC y la notificación al interesado. Por tanto, el plazo para resolver, si efectivamente se ha notificado al interesado la remisión del expediente a esta Comisión y la suspensión del plazo para resolver, está suspendido por el tiempo que medie entre la petición -una vez que ha tenido entrada en esta Comisión- que deberá comunicarse al interesado, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada al mismo.

Por otro lado, estas normas generales determinan que el procedimiento comience con un acuerdo de inicio y que la tramitación del expediente continúe con la realización de los actos de instrucción necesarios “*para la determinación, conocimiento y comprobación de los*

datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución” (artículo 78 de la LRJ-PAC). Estas actuaciones instructoras, pueden consistir en la emisión de los correspondientes informes en garantía de la legalidad, objetividad y acierto de la resolución final que se dicte en el procedimiento, exigidos con carácter general por el artículo 82 de la LRJ-PAC.

Como en todo procedimiento administrativo, aunque no lo establezca expresamente el artículo 102.1 de la LRJ-PAC, se impone la audiencia del interesado, trámite contemplado con carácter general en el artículo 84 de la LRJ-PAC, que obliga a que se de vista del expediente a los posibles interesados, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes en defensa de sus derechos y cuya omisión es determinante de la nulidad del procedimiento.

El correcto desarrollo procedural demanda que dicho trámite se sustancie una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución según dispone el artículo 84 de la LRJ-PAC.

Finalmente, con carácter previo a la solicitud de dictamen del órgano consultivo, debe redactarse la propuesta de resolución en la que la Administración consultante se pronuncie sobre la procedencia de la nulidad solicitada, con inclusión de los correspondientes antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, en la que se concrete, en su caso, la causa en la que se apoya la nulidad.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa concurren defectos de forma que hacen inviable el dictamen requerido, ya que el expediente no se ha tramitado debidamente.

El expediente de revisión propiamente dicho se inicia con el acuerdo de inicio del procedimiento del que se dio traslado al interesado para que formulase alegaciones, que no cumplimentó. Consta en el expediente remitido la documentación de la notificación dirigida al interesado, y su acuse de recibo.

No existen en el expediente actuaciones instructoras, como podría ser la emisión de los correspondientes informes en garantía de la legalidad, objetividad y acierto de la resolución final que se dicte en el procedimiento, exigidos con carácter general por el artículo 82 de la LRJ-PAC. La instrucción se ha limitado a incorporar el informe –que es previo al inicio del expediente de revisión– emitido por la Secretaría con motivo de la reclamación previa a la vía laboral en un procedimiento de despido y del que se ignora si se ha puesto en conocimiento el interesado. En caso negativo no podría tenerse por cumplimentado el trámite de audiencia previsto en el artículo 84 de la LRJ-PAC. El siguiente trámite procedural fue la propuesta de resolución y la remisión del expediente a esta Comisión con suspensión del plazo para la tramitación del mismo y notificación al interesado.

Ni en la resolución de inicio del expediente de revisión ni en la propuesta de resolución se contienen los elementos fácticos imprescindibles para determinar por qué el Decreto de 28 de enero de 2011 es nulo y simplemente se aducen los artículos 46 del TRET y 24.2 del Convenio municipal para mantener que concurre la causa de nulidad señalada en el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC: “*Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*”.

Para determinar la concurrencia de esta causa de nulidad es cuestión fundamental concretar los requisitos que pueden ser catalogados como esenciales, “*circunstancia ésta que no es posible establecer a priori y para todos los supuestos, sino de manera individual*

para cada uno de ellos, centrando el examen en los presupuestos de hecho que en cada caso deban concurrir necesariamente en el sujeto o en el objeto, de acuerdo con la norma concretamente aplicable, para que se produzca el efecto adquisitivo en ésta previsto” (dictamen del Consejo de Estado 2133/1996, de 25 de julio).

Al respecto cabe indicar que el dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora está sujeto a unas exigencias formales que vienen desarrolladas en el artículo 19 del ROFCJA, en cuya virtud “*la petición de dictamen habrá de acompañarse de toda la documentación correspondiente a la cuestión planteada, que se remitirá de forma ordenada y con índice numerado de documentos. (...) El informe preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora se debe solicitar cuando el expediente esté completamente tramitado, en su caso, una vez adoptada la Propuesta de Resolución y antes de la decisión de la Administración correspondiente*”.

Si se considera que el dictamen de esta Comisión ha de versar sobre la revisión de oficio de los actos administrativos controvertidos, es claro que la propuesta que ha de culminar el expediente para ser luego elevada a esta Comisión es la que formula el instructor sobre la procedencia de la nulidad solicitada, con inclusión de los correspondientes antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, en la que se concrete, en su caso, la causa en la que se apoya la nulidad. El órgano consultivo no está llamado a elaborar propuestas de resolución, sino a valorar las elaboradas por la Administración consultante, ratificándolas o desautorizándolas aportando en este caso explícita o implícitamente una solución alternativa. Se trata de un defecto en orden a la posible emisión por esta Comisión del dictamen solicitado porque -ello ocurre especialmente en los casos de revisión de oficio, en que nuestro dictamen es habilitante de la resolución que se adopte-, esta Comisión, tratándose de dictámenes preceptivos, nunca se pronuncia en abstracto, sino que lo hace en

relación con los contenidos dispositivos o decisarios concretos que la Administración pretende adoptar. Y en este caso, la propuesta de resolución se limita a proponer la revisión de oficio por concurrir la causa señalada en el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC pero sin que contenga antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, en la que se concrete, en su caso, la causa en la que se apoya la nulidad. Y el acuerdo de inicio del expediente es igualmente escueto. Por ello, aunque formalmente sí se dictado una propuesta de resolución, materialmente no se puede entender cumplido el trámite por cuanto solo comprende la propuesta de revisión pero adolece de los elementos necesarios - antecedentes de hecho, fundamentación jurídica- para que esta Comisión pueda pronunciarse al respecto.

Hay que recordar en este punto que la fundamentación de la concurrencia concreta del vicio se hace imprescindible, dada la interpretación restrictiva que ha de darse a la causa de nulidad esgrimida por el peligro que puede suponer que una aplicación indiscriminada de la misma produzca una quiebra del principio de seguridad jurídica, confundiendo la mera anulabilidad con la nulidad radical (en este sentido Sentencia del Tribunal Constitucional 10/1998 de 13 de enero y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de mayo de 2006 RJCA 2006/482).

El cumplimiento de los requisitos formales del procedimiento de revisión no es un mero formalismo sino que asegura y garantiza el respeto de los derechos de los ciudadanos, especialmente afectados en una revisión de oficio que pretende restablecer la legalidad quebrantada, y el acierto de la actuación administrativa (artículo 103 de la CE), de ahí la especial importancia que le atribuye esta Comisión y la específica mención que la Constitución le otorga en el artículo 105.c).

Todo lo anterior conduce a que esta Comisión no se pueda pronunciar sobre el fondo de la revisión planteada, por lo que se plantea la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede la devolución del expediente con su documentación, con retroacción de las actuaciones para otorgar trámite de audiencia al interesado una vez instruido el procedimiento e incorporados al expediente los informes de legalidad correspondientes y formalizar la propuesta de resolución en los términos expuestos, antes de su remisión a esta Comisión.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 19 de mayo de 2016

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 110/16

Sr. Alcalde de Torrejón de Velasco

Pza. España, 1 – 28990 Torrejón de Velasco