

Dictamen nº: **167/17**
Consulta: **Alcalde de Torrejón de Velasco**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **27.04.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 27 de abril de 2017, 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 marzo de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen del alcalde presidente del Ayuntamiento de Torrejón de Velasco cursada el 2 de marzo de 2017 a través del director 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 el Decreto de 28

de enero de 2011 por el que se concedía al interesado un periodo de excedencia voluntaria de cinco años con reserva de puesto de trabajo.

A dicho expediente se le asignó el número 99/17, 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), plazo que fue interrumpido al pedir nueva documentación que llegó el 24 de abril, comenzando de nuevo el plazo interrumpido para emitir el dictamen.

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 27 de abril de 2017.

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

Al amparo del artículo 24.1 del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento (en lo sucesivo, el Convenio) y del artículo 46.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante, ET) –vigente en el momento de la solicitud-, al interesado le fue reconocida la situación de excedencia para el cuidado de hijos durante un año, con reserva del puesto de trabajo, situación que comenzó el 14 de septiembre de 2009. Solicitada la prórroga en dicha situación hasta el 27 de enero de 2011, le fue concedida.

Mediante Decreto de la Alcaldía de 28 de enero de 2011 y con cita del artículo 46, apartados 2 y 5 del entonces vigente ET y del artículo 24.2 del Convenio, se concedió al interesado una excedencia voluntaria

de cinco años desde el 27 de enero de 2011 hasta el 26 de enero de 2016, con derecho a reserva del puesto de trabajo.

Mediante el informe 45/2011, de 2 de febrero, la secretaria general del Ayuntamiento advirtió que la normativa invocada en el Decreto de 28 de enero de 2011 (artículo 46, apartados 2 y 5 del ET y del artículo 24.2 del Convenio) era contraria al decreto adoptado.

El 15 de diciembre de 2015 el interesado solicitó el reingreso al puesto de Agente de Empleo y Desarrollo Local del Ayuntamiento.

Mediante el Decreto 2/2016, de 4 de enero, de conformidad con el artículo 46.5 del ET y del artículo 24.2 del Convenio, el alcalde desestimó la solicitud de reingreso por inexistencia de plaza vacante en la plantilla municipal y declaró el derecho del interesado a ocupar la primera vacante que se produjera en la plantilla en su categoría profesional o en una categoría inferior.

Ante dicho decreto por el que se denegaba su reingreso el interesado interpuso una demanda por despido ante el Juzgado de lo Social nº 9 de Madrid. No se ha remitido junto con el expediente ni la reclamación previa a la vía laboral ni la demanda presentada por el interesado contra el Ayuntamiento.

Tras la demanda en vía laboral el Ayuntamiento instó un procedimiento de revisión de oficio del Decreto de 28 de enero de 2011, por lo que el Juzgado de lo Social acordó el aplazamiento de las actuaciones hasta que se resolviera en vía administrativa el procedimiento de revisión de oficio, según se desprende de la documentación remitida a solicitud de esta Comisión

Ese primer procedimiento de revisión de oficio se trasladó a la Comisión Jurídica Asesora que, por el Dictamen núm. 110/16, de 19

de mayo, estimó la necesidad de retrotraer porque ni en la resolución de inicio del expediente de revisión ni en la propuesta de resolución se contenían los elementos fácticos imprescindibles para determinar por qué el Decreto de 28 de enero de 2011 era nulo ya que simplemente se aducían los artículos 46 del ET y 24.2 del Convenio municipal para mantener que concurría la causa de nulidad señalada en el 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). No se había habido instrucción de procedimiento alguno y únicamente se había incorporado un informe previo emitido por la Secretaría con motivo de la reclamación previa a la vía laboral en un procedimiento de despido y del que se ignoraba si se había puesto en conocimiento del interesado.

Según la citada providencia de la Alcaldía de 24 de octubre de 2016, mediante el Decreto de la Alcaldía 1639/16 de 18 de octubre el procedimiento de revisión fue declarado caducado por haber transcurrido el plazo máximo para dictar la resolución sin perjuicio de su nueva iniciación si procediese, y, teniendo en consideración que el puesto del interesado había sido “eliminado” de la plantilla de personal por acuerdo del pleno de 8 de agosto de 2014 (BOCM de 27 de agosto de 2014), se instaba a la Secretaría a emitir un informe sobre el procedimiento y legislación aplicable para instar la revisión de oficio y declarar, en su caso, la nulidad del Decreto de 28 de enero de 2011. Se acompañaban dos extractos de los presupuestos del Ayuntamiento para los años 2014 y 2015, publicados en el BOCM, en los que aparecía cubierta la única plaza de agente de desarrollo local existente en la plantilla, aunque no se especificaba cómo se había cubierto esa plaza, ni el tipo de instrumento jurídico para cubrirla.

El 25 de octubre de 2016 la Secretaría emitió el informe 405/16 según el cual el interesado había disfrutado de una excedencia para cuidado de hijo de tres años tras lo que había solicitado una

excedencia voluntaria de 5 años que le había sido concedida con reserva de puesto de trabajo. Se refirió al anterior procedimiento de revisión de oficio, señaló la aplicación de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC) al presente procedimiento y especificó los trámites que habían de seguirse. En relación con la causa de nulidad invocada, se señalaba que el interesado había disfrutado de dos excedencias, por cuidado de hijos y voluntaria y que en la excedencia voluntaria no había derecho de reserva de puesto de trabajo, lo que vulneraba los artículos 46.2 del ET y 24.2 del Convenio:

“La cuestión es si la reserva de puesto no permitida por la normativa aplicable y la continuidad de dos excedencias voluntarias es un elemento esencial para el reconocimiento del derecho en Decreto de Alcaldía de fecha 28 de enero de 2011. De su relevancia cabe indicar la infracción del principio de igualdad de trabajadores, puesto que supone un trato preferente a favor del (interesado)”.

El informe aludía a los Dictámenes 256/09, 260/09 y 362/09 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid para afirmar que el interesado en ningún caso debía haber obtenido una excedencia voluntaria, y concluía, por último, que no cabía la aplicación de los límites a la revisión de oficio consignados en el artículo 110 de la LPAC. La Intervención hizo suyas las conclusiones de este informe de la Secretaría.

Mediante el Decreto de 7 de noviembre de 2016 se incoó la revisión de oficio del Decreto de 28 de enero de 2011 por la que se concedía al interesado un período de excedencia voluntaria de cinco años desde el día 27 de enero de 2011 hasta el día 26 de enero de 2016 (ambos inclusive) con derecho a reserva de puesto de trabajo, y señalaba que la cuestión era si la reserva de puesto no permitida por la

normativa aplicable y la continuidad de dos excedencias voluntarias eran un elemento esencial para el reconocimiento de tal derecho.

Notificado el inicio del procedimiento al interesado, presentó alegaciones el 28 de noviembre de 2016 en las que manifestó que venía prestando servicios laborales al Ayuntamiento desde el 12 de enero de 2005 con categoría salarial de agente de desarrollo local; que la concatenación irregular de contratos por obra o servicio dio lugar a la conversión del contrato de trabajo en indefinido a jornada completa, aunque el trabajador aceptó su conversión a jornada parcial (60% de la jornada) dada la precaria situación económica que atravesaba el Ayuntamiento; que en ninguna de las normas esgrimidas por la Alcaldía se prohibía el pacto de reserva del puesto de trabajo y que la normativa laboral permitía establecer condiciones de trabajo más favorables que las establecidas en las normas legales y convencionales reguladoras de las relaciones de trabajo; que no había disfrutado de dos excedencias voluntarias sino de una por cuidado de hijos y la segunda, voluntaria, por lo que no se aplicaba el plazo del artículo 46.2 del ET, relativo al transcurso de cuatro años para poder tener derecho a solicitar una nueva excedencia voluntaria; que la resolución de 4 de enero de 2016 por la que se comunicaba la denegación del reingreso suponía el despido del interesado; que no podía acreditarse la causa de nulidad absoluta invocada y que, procedería, en su caso, la aplicación de los límites de la revisión de oficio puesto que durante los cinco años transcurridos no se procedió a incoar un expediente de nulidad; que tampoco se inició cuando se solicitó el ingreso sino solo cuando se reclamó el despido ante la Jurisdicción social; que se amortizó su plaza sin declarar la nulidad del Decreto de 28 de enero de 2011; que dicho decreto no fue un acto discrecional del alcalde porque la Secretaría no había opuesto reparo u objeción alguna.

La Secretaría emitió el informe 15/17 en el que señalaba que el interesado comenzó a prestar servicios en el Ayuntamiento con la

categoría de Agente de Empleo y Desarrollo Local mediante la correspondiente subvención concedida, la cual se formalizó mediante contrato por obra o servicio determinado a tiempo completo, contrato que se fue prorrogando anualmente (3 prórrogas) hasta 12 de enero de 2009, momento en el cual se produjo la conversión de un contrato temporal a tiempo completo en indefinido a tiempo parcial, con una jornada parcial de trabajo del 60% (21 horas a la semana) sobre la jornada ordinaria (35 horas semanales). El informe también contestaba a las alegaciones del interesado y señaló que mediante el Decreto de 28 de enero de 2011 se obtuvo un derecho no permitido por la normativa en que se fundaba su concesión; que estaba pendiente el juicio por despido nulo y subsidiariamente improcedente incoado por el interesado ante el Juzgado de lo Social nº 9 de Madrid, que se encontraba pendiente de resolución; que no se aplicaba la limitación temporal para revisar de oficio el acto cuestionado puesto que se trataba de un acto de tracto sucesivo que se había extendido hasta el 26 de enero de 2016 y cuya ilegalidad se ha hecho evidente cuando se solicitó el reingreso y en la vía previa a la vía laboral; que tampoco podía alegarse la confianza legítima porque el Ayuntamiento había actuado conforme a la necesidad de sus servicios al amortizar la plaza, lo que no impugnó el interesado, y que la equidad y no discriminación entre trabajadores exigía la revisión del acto; que según la doctrina de los Dictámenes 256/09, 260/09 y 362/09 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid el interesado nunca habría podido obtener una reserva del puesto de trabajo durante cinco años; que el informe 45/11 de la Secretaría formuló disconformidad y aviso de la ilegalidad del Decreto de 28 de enero de 2011 (se adjuntó dicho informe); y, por último, que procedía la revisión de oficio porque se había adquirido el derecho a reserva del puesto de trabajo durante cinco años en contra de la normativa de aplicación.

Mediante el Decreto 90/17, de 19 de enero, el alcalde desestimó las alegaciones del interesado y, notificada dicha resolución, el interesado presentó alegaciones en las que ponía de manifiesto que no se le había dado traslado del informe 45/16 y que en el momento de solicitar la excedencia había una persona prestando servicios como Agente de Empleo y Desarrollo Local y que continuaba prestándolos en la actualidad.

Siguiendo el informe de Secretaría núm. 65/17, de 17 de febrero, por el alcalde se dictó propuesta de resolución mediante el Decreto núm. 243/17, de 21 de febrero, en el que se proponía anular el derecho adquirido de la reserva del puesto de trabajo durante los cinco años en los que permaneció en situación de excedencia voluntaria, obtenido en contra de la normativa de aplicación, reconocer al interesado *“la excedencia voluntaria disfrutada desde 27 de enero de 2011 hasta 26 de enero de 2016 en los términos legalmente establecidos por los artículos 46.3 y 46.5 del Estatuto de Trabajadores y 24.2 del Convenio Colectivo indicando que tendrá derecho a ocupar la primera vacante que se produzca en su categoría profesional o de inferior categoría según establece el artículo 24.2 del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Torrejón de Velasco”,* sin lugar a indemnización alguna y *“sin perjuicio de la posterior acreditación de los requisitos de responsabilidad patrimonial del artículo 32 de la Ley 40/15 ya sea a instancia de parte o de oficio, y sin perjuicio de lo que resulte del fallo en el procedimiento judicial 204/2016 en relación a la demanda por despido que se sigue en el juzgado de lo social de Madrid”.*

Asimismo, ordenaba la suspensión del plazo máximo para dictar la resolución del procedimiento de revisión de oficio por el tiempo que mediase entre la petición del dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y la recepción del mismo según artículo 22

de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, notificando tanto la suspensión como la recepción al interesado.

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 del director 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.- 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 del Régimen Local, (en lo sucesivo, 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, (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 106 a 111 de la LPAC, que regulan la revisión de los actos de la Administración en vía administrativa, y que resulta de aplicación a este procedimiento en virtud de su disposición transitoria tercera, apartado b), dada su fecha de incoación, posterior a la entrada en vigor de la norma.

El artículo 106.1 de la LPAC establece la posibilidad de que las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Para ello será necesario, 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 47.1 de la LPAC.

En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, la LPAC 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 IV del citado cuerpo legal, denominado “*de las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común*”, 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 seis meses, *ex* artículo 106.5 de la LPAC.

En este caso, el acuerdo de inicio del expediente de revisión se produjo el 7 de noviembre de 2016 pero el plazo se ordenó suspender por la propuesta de resolución de 21 de febrero de 2017 en la que el alcalde presidente del Ayuntamiento proponía la remisión del expediente a esta Comisión, la suspensión del plazo para resolver el procedimiento en virtud del artículo 22.1,d) de la LPAC y la comunicación al interesado. Por tanto, el plazo para resolver, si efectivamente se ha comunicado al interesado la remisión del expediente a esta Comisión y la suspensión del plazo para resolver –lo que no consta en el expediente- estaría suspendido por el tiempo que medie entre la petición -una vez que se ha registrado la salida del Ayuntamiento- que deberá comunicarse al interesado, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada al mismo porque para que opere el efecto interruptivo del plazo de resolución es necesaria la comunicación de la suspensión a los interesados.

Por otro lado, estas normas generales procedimentales determinan 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 75 de la LPAC).

Como en todo procedimiento administrativo, aunque no lo establezca expresamente el artículo 106.1 de la LPAC, se impone la audiencia del interesado, trámite contemplado con carácter general en el artículo 82 de la LPAC, que obliga a que se dé 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.

El correcto desarrollo procedimental demanda que dicho trámite se sustancie una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución según dispone el artículo 82 de la LPAC. En este caso, se notificó al interesado tanto el inicio del procedimiento como los informes que se emitieron durante su sustanciación, y posibilitó la presentación de alegaciones que cumplimentó mediante la presentación de sendos escritos en los que expuso su oposición a la revisión instada.

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, lo que se formalizó por el alcalde mediante el Decreto 243/17, de 21 de febrero.

TERCERA.- En cuanto al acto objeto de revisión, hay que determinar si es un acto susceptible de revisión a tenor de lo dispuesto en el artículo 106 de la LPAC, que establece que ha de tratarse de actos *“que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo”*.

En este caso, el acto que se pretende revisar no fue recurrido en plazo y, de acuerdo con el artículo 52.2.a) de la LBRL, puso fin a la vía administrativa, por lo que hay que entender que es susceptible de revisión de oficio.

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”. También el artículo 124.4,m) de la LBRL dispone que al alcalde le corresponden “*las facultades de revisión de oficio de sus propios actos*”. En este caso, el decreto que se pretende revisar fue dictado por el alcalde presidente dadas las competencias que ostenta en materia de personal -artículo 21.1.h) de la LBRL y artículo 41.14.g) del Real Decreto 2568/1986, que le atribuye la declaración de las situaciones administrativas respecto del personal a su servicio-, por lo que le corresponde también la facultad de revisarlo de oficio.

Respecto de la potestad de revisión de oficio, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y también esta Comisión (por ejemplo en el Dictamen núm. 193/16 de 9 de junio) han venido sosteniendo reiteradamente que se trata de una potestad exorbitante de la Administración para dejar sin efecto 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 solo 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 25 de noviembre de 2015 (recurso 269/2014), que cita 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*”.

Los vicios tributarios de nulidad habrán de estar debidamente acreditados, debiendo acreditarse por la parte que los alega. Dada la regla general de que nadie puede ir contra sus propios actos, la carga de la prueba de la existencia de los motivos de nulidad de los actos administrativos en un procedimiento de revisión corresponde a la Administración, como estableció la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 (recurso 3843/2011).

Esos vicios por los que se puede declarar la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos se enumeran en el artículo 47.1 de la LPAC, entre los que se recoge en su apartado f), *“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”*.

La cuestión en este supuesto radica en determinar los requisitos que pueden ser catalogados como esenciales, circunstancia esta que no es posible establecer *a priori* y para todos los supuestos, sino que habrá de observarse de manera individual y de forma restrictiva para cada supuesto, tal como señalara el Consejo de Estado ya desde su dictamen 2133/1996, de 25 de julio, y limitándolos a aquellos casos en los que se apreciara en el sujeto de forma patente la ausencia de aquellas condiciones realmente esenciales para la adquisición del derecho (por todos, su Dictamen 2495/2002, de 21 de noviembre).

En aplicación de dicha interpretación restrictiva, no concurrirá la causa de nulidad especificada en el art. 47.1.f) cuando el acto en cuestión incumpla cualquier requisito exigido por el ordenamiento jurídico aunque tal requisito se exija para la validez del acto que determine la adquisición de la facultad o derecho, porque para que opere la citada causa de nulidad, de un lado, el requisito exigido ha de calificarse como esencial -bien por referirse a las condiciones del sujeto o al objeto de acuerdo con la norma concretamente aplicable-, y de

otro, el acto viciado de nulidad ha de constituir el nacimiento de un auténtico derecho o facultad, no pudiendo aplicarse a aquellos actos que se limiten a remover el obstáculo existente al ejercicio de un derecho preexistente.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2010 (recurso 481/2008) expresa: *«Como señalamos en la sentencia de 23 de noviembre de 2008, recurso de casación nº 1998/2006, para apreciar el vicio a que se refiere la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, no basta con que se denuncie una vulneración objetiva de las normas reglamentarias aplicables (...); se requiere, precisamente, atribuir al titular del derecho o de la facultad la carencia de un requisito esencial. Y, dada la cautela con la que debe afrontarse la revisión de oficio (que por dirigirse contra actos ya firmes, perturba en cierto modo la seguridad jurídica y la posición de quien resultó beneficiado por el acto contra el que nadie interpuso un recurso temporáneo), no es posible interpretar en el sentido que lo hace la recurrente el concepto de “requisito esencial” para la adquisición del derecho o de la facultad. No todos los requisitos necesarios para ser titular de un derecho pueden reputarse “esenciales”: tan solo los más significativos y directa e indisolublemente ligados a la naturaleza misma de aquel. En otro caso, se propiciaría la desvirtuación de este motivo extraordinario de invalidez absoluta, que vendría a parificarse en la práctica con los motivos de anulabilidad».*

Centrándonos en el presente caso, mediante el Decreto de la Alcaldía de 28 de enero de 2011 se concedió al interesado una excedencia voluntaria de cinco años desde el 27 de enero de 2011 hasta el 26 de enero de 2016, con derecho a reserva del puesto de trabajo, al amparo del artículo 46, apartados 2 y 5 del ET y del artículo 24.2 del Convenio vigente tanto en el momento de concederse la

excedencia voluntaria como en el momento de solicitar el reingreso, tras haber disfrutado de una excedencia por cuidado de hijos de un año, con reserva de puesto de trabajo, prorrogado después, según lo dispuesto en artículo 24.1 del Convenio y del artículo 46.3 del ET.

En la materia de la que se trata, al tratarse de personal laboral al servicio de una Administración pública, de conformidad con el 1.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante, TRET), en relación con los artículos 2, 7 y 92 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante, TREBEP), al interesado le resulta de aplicación, no el artículo 89 del TREBEP -que se ocupa de las situaciones de excedencia voluntaria de los funcionarios de carrera y para los que reconoce el derecho de reserva del puesto de trabajo durante dos años en el caso de las excedencias para el cuidado de hijos y no señala reserva alguna para las excedencias por interés particular-, sino los preceptos de la legislación laboral (el ET en el momento de la solicitud de la excedencia y el TRET en el momento de la solicitud de reingreso) y del propio Convenio del Ayuntamiento.

Partiendo de esta normativa, lo que se plantea en la propuesta de resolución es que, mediante el Decreto de 28 de enero de 2011, el interesado obtuvo el derecho a la reserva de su puesto de trabajo durante cinco años sin tener los requisitos esenciales para ello, por lo que hay que determinar cuáles son los requisitos esenciales para obtener la reserva del puesto de trabajo porque para que concurra el vicio de nulidad no solo es precisa la vulneración por el acto revisado de alguna norma del ordenamiento jurídico, sino que tal vulneración ha de suponer la obtención de una facultad o derecho con incumplimiento de los requisitos imprescindibles que la norma exige para su obtención.

Respecto de la excedencia para el cuidado de hijos el artículo 46.3 del ET -lo mismo que el TRET- reconocía el derecho de los trabajadores a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo con derecho a la reserva de su puesto de trabajo durante el primer año. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedaría referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

El artículo 24.1 del Convenio establecía que en las excedencias para el cuidado de hijos –que podían disfrutarse por un periodo no superior a tres años- la reincorporación se realizaría de forma automática y se produciría en el mismo turno de trabajo, teniendo derecho a la reserva del puesto de trabajo y a su cómputo a efectos de antigüedad.

Por su parte, para las excedencias voluntarias el artículo 46. 2 del ET -y también, el TRET- establecía que el trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tenía derecho a que se le reconociese la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho sólo podría ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si hubiesen transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia. Y según el apartado 5, el trabajador excedente conservaría solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa.

El Convenio colectivo en su artículo 24.2 disponía que las excedencias voluntarias se podrían conceder por una duración entre uno y diez años a los trabajadores con una antigüedad superior a dos años, si no hubiera disfrutado de una excedencia voluntaria en los cuatro años anteriores, y tendrían derecho a ocupar la primera vacante que se produjese en su categoría profesional, pudiendo optar a una vacante de categoría inferior si se poseyese la adecuación profesional

para el puesto y esperar a que se produjese la que correspondiese a su categoría. Es decir, no reconoce tampoco el derecho a la reserva del puesto de trabajo.

Por tanto, tanto del ET como del Convenio de aplicación resulta que la reserva del puesto de trabajo –con distinto plazo de reserva- solo está prevista durante la excedencia por cuidado de hijos, derecho que no se reconoce por la normativa laboral ni por la convencional en las excedencias voluntarias, para las que solo se reconoce un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa.

En este caso, la reserva del puesto de trabajo se reconoció por la resolución de 31 de agosto de 2009 al conceder el primer periodo de excedencia por cuidados de hijos que fue solicitada por un año. En la resolución por la que se reconocía la prórroga de dicha situación no se mencionó que el interesado mantuviera el derecho a la reserva del puesto de trabajo (lo que no era necesario porque tal derecho estaba previsto en la normativa de aplicación). Sí se reconoció expresamente ese derecho al interesado al concederle la excedencia voluntaria por cinco años, lo que no estaba regulado en la normativa de aplicación, tanto legal como convencional.

Al reconocerse al interesado la excedencia voluntaria durante un periodo de cinco años con reserva del puesto de trabajo se cumplen los dos requisitos del artículo 47.1 de la LPAC: se infringió el ordenamiento jurídico y se le reconoció un derecho cuando carecía de un requisito esencial para ello, ya que adquirió el derecho a la reserva del puesto de trabajo que se apareja solo a la excedencia por cuidado de hijos –y que está previsto no para un periodo tan prolongado como se reconoció al interesado en este caso-, y no para las excedencias voluntarias, por lo que el acto estaría viciado de nulidad.

Cierto que en el ámbito de la relación laboral –como es la existente entre el Ayuntamiento y el interesado-, la legislación laboral permite que los derechos y obligaciones se establezcan por voluntad de las partes con la limitación de que no pueden establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos (artículo 3.1,c) del ET y del TRET) pero sí permite que se introduzcan ventajas o condiciones más favorables para el trabajador.

Así, de igual forma que para las excedencias para el cuidado de hijos el Convenio del Ayuntamiento amplía el plazo de reserva del puesto de trabajo a tres años en relación a lo previsto en el ET y en el TRET (que solo reservan el puesto de trabajo durante un año), o en relación a lo dispuesto en el TREBEP (la reserva del puesto es por dos años), se podrían ampliar las ventajas de los trabajadores por vía convencional para la situación de excedencia voluntaria. En este caso, el alcalde, conociendo la normativa de aplicación porque así se le advirtió por el informe de Secretaría 45/2011, reconoció la excedencia voluntaria del trabajador con reserva del puesto de trabajo al margen de las previsiones legales.

Según se señalaba en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 5 de febrero de 2014 (rec. núm. 124/2013), y las demás sentencias que allí se citan, podría considerarse como un acto de voluntad de reconocimiento de un derecho que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo. Es decir, no sería un acto *contra legem* (de manera contraria a lo querido por las normas) sino *praeter legem* (al margen de las previsiones legales), como se reconoció por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de febrero de 2016 (rec. núm. 143/2015).

No obstante lo anterior, al tratarse de la relación laboral de un trabajador al servicio de una Administración Pública, la determinación de condiciones laborales no contempladas en la normativa de aplicación debe interpretarse restrictivamente por cuanto la Administración, en su actuación, está sometida al principio de legalidad y al principio de igualdad, principios que junto a la prohibición de la arbitrariedad están reconocidos constitucionalmente (artículo 9 de la Constitución española). Y concretamente, el artículo 103 de la Constitución española impone a la Administración Pública la obligación de servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, de forma que la Administración no puede dictar actos singulares que contradigan el ordenamiento jurídico, ni dispensar o exceptuar su observancia en un caso concreto. El convenio de aplicación en aquel momento regulaba en su artículo 6 la llamada garantía personal, que implicaba que se respetaban las situaciones personales que con carácter de cómputo anual superasen el convenio, manteniéndose estrictamente *ad personam*, pero siempre que no se basasen en pactos individuales que menoscabaran la negociación colectiva. Es decir, el propio convenio proscribía los pactos individuales, lo cual se ha visto corroborado en el artículo 3 del Convenio ahora vigente, suscrito el 30 de junio de 2017 y publicado en el BOCM el 8 de abril de 2017, después de señalar en su artículo 1 el compromiso de respetar el principio de igualdad y no discriminación.

Por ello, la decisión de otorgar la reserva del puesto de trabajo solo a un trabajador en excedencia voluntaria, al margen de lo previsto legal y convencionalmente, fue un acto individual -que generó efectos permanentes durante cinco años- que se adoptó sin motivación ni explicación alguna, por lo que se convirtió en una concesión graciosa e inmotivada y referida a un solo trabajador, infringiendo así no solo las fuentes normativas sino también los principios de igualdad respecto de

los demás trabajadores e interdicción de la arbitrariedad. No se trató de una práctica sistemática reveladora de la intención de la Administración de convertir en regla el disfrute de un determinado beneficio, sino en una ventaja aislada otorgada a un solo trabajador. Se trataría, según se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social en su sentencia de 9 de abril de 2014 (rec. núm. 2/2014) y la sentencia de 9 de julio de 2008 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Granada), que allí se cita, de una manifestación no causalizada y arbitraria de una persona que ostenta una determinada posición en un Ente Público y que no puede, a través de actos particulares, decisiones no motivadas y resoluciones que no responden a la legalidad, crear derechos a favor de un único trabajador en contra de lo que es aplicable al resto de los trabajadores.

La sentencia de Granada señalaba también que:

“En las relaciones laborales donde interviene la Administración Pública el principio de autonomía de voluntad debe atenuarse por bien del colectivo que está representado en la Corporación o Ente Público, (y) los ciudadanos, no deben ni pueden soportar veleidades o actuaciones arbitrarias de los dirigentes de aquellos”.

En estas circunstancias, procedería la revisión de oficio.

CUARTA.- Sentado lo anterior, aun cuando se hubiese reconocido el supuesto del artículo 47.1,f) de la LPAC, no podría declararse la nulidad del acto cuestionado en virtud de los límites impuestos por el artículo 110 de la LPAC a la potestad exorbitante de la Administración de revisión de sus actos, que, según se mantiene por la jurisprudencia, ha de ser objeto de interpretación restrictiva.

Y ello porque, según la STS de 17 de enero de 2006, recurso núm. 776/2001, *“la revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica, que se presenta como consolidada, no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto.*

La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos 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”.

Los límites a la facultad de revisión de los actos administrativos se plasman, como una contrapartida necesaria a la imprescriptibilidad de la acción de revisión de oficio, en el artículo 110 de la LPAC: *“Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.*

Como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2016 (recurso 849/2014):

“El citado precepto contempla dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado la concurrencia de

determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u "otras circunstancias"); por otro el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes."

En el respeto de dichos principios funda la norma las razones para equilibrar la balanza entre la preservación de la legalidad y la garantía de certeza que caracteriza al principio de seguridad jurídica.

El principio de seguridad jurídica, según las SSTs de 23 de octubre de 2000 (recurso núm. 3079/1995) y de 29 de noviembre de 2005 (recurso núm. 4981/2003), exige *"que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia. Ello no quiere decir que la acción de nulidad no pueda ejercitarse contra los actos firmes de la Administración. Puede promoverse contra actos firmes, pero su ejercicio es improcedente cuando con ello se vulneren las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que está indisolublemente ligado al respeto a los derechos de los particulares (...)".*

Por su parte, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid se ha pronunciado en varios dictámenes en favor de la aplicación de los límites del artículo 106 de la LRJ-PAC –hoy contenidos en el artículo 110 de la LPAC–, de los que pueden apuntarse, sin ánimo exhaustivo, el Dictamen 61/15 de 18 de febrero, que aplica los límites del artículo 106 de la LRJ-PAC por la pasividad que denotaba el tiempo transcurrido desde la adopción del acuerdo plenario cuya nulidad se invocaba (casi diez años en el momento de su solicitud), y del que era conocedor desde el momento mismo de su adopción; el Dictamen

243/15 de 6 de mayo no consideraba acreditadas las causas de nulidad alegadas pero estimaba que, en todo caso, dado el tiempo transcurrido (cinco y seis años) operarían los límites del artículo 106 de la LRJ-PAC y hacía referencia a la STS de 25 de mayo de 2012 que afirmaba literalmente: *“Un análisis de la aplicación de dicho precepto (el art. 106 LRJPAC) por los Tribunales nos indica que en los casos analizados ha existido una pasividad en el ejercicio de la solicitud de revisión de los actos nulos por quienes podían hacerla durante un largo periodo de tiempo pese a tener conocimiento de los hechos que fundamentarían la causa de nulidad alegada”*; el Dictamen 633/12 de 21 de noviembre negaba la revisión de oficio de un acto del que habían transcurrido cinco años desde que fue dictado y aludía a la jurisprudencia que consideraba improcedente la revisión de oficio por aplicar el límite del transcurso del tiempo en aras a garantizar la seguridad jurídica (SSTS de 23 de enero de 2009, RJ/2009/828 y de 1 de julio de 2008, RJ/2008/3335, y sentencias de la Audiencia Nacional de 7 de julio de 2010, JUR/2010/288925, y de 7 de junio de 2010, RJCA/2010/563).

En este caso se pretende la revisión de oficio de un acto del que el Ayuntamiento ya desde el primer momento sabía que se trataba de un acto por el que se reconocía un derecho para una situación no contemplada en el ordenamiento jurídico porque así se evidenció por la Secretaría del Ayuntamiento en el informe 45/2011, lo que puso de manifiesto la voluntad del alcalde de otorgar dicha ventaja al interesado al mantener ese acto contrario al ordenamiento jurídico una vez que había sido advertido de tal circunstancia, lo que en el ámbito laboral podría ser objeto de una interpretación acorde a determinadas creaciones jurisprudenciales (condición más beneficiosa) que no corresponde a esta Comisión valorar.

Tampoco se planteó la revisión del acto en el momento de la solicitud de reingreso del interesado lo que denota la pasividad que se

menciona en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2012 (rec. núm. 5117/2010), y solo cuando se ha visto el Ayuntamiento demandado judicialmente en un procedimiento por despido ha sido cuando se ha reaccionado y, en lugar de esperar y someterse al pronunciamiento judicial, se ha optado por proceder a la revisión de oficio del acto. No obstante, si bien, los actos cuestionados -el del reconocimiento del derecho a la reserva del puesto de trabajo y el de la denegación a la reincorporación- son actos distintos y en tal sentido podría argumentarse que la demanda social no empece la revisión administrativa, ambos actos están íntimamente ligados de forma que las consecuencias que se derivarían de la revisión administrativa incidirían directamente en el proceso social. Por ello, en este caso, tal vez hubiera convenido continuar el procedimiento judicial y no iniciar un procedimiento de revisión de oficio, no solo para no dar lugar a posibles declaraciones contradictorias entre la vía administrativa y la judicial, sino también para dar una respuesta más rápida al interesado mediante el especial procedimiento judicial de despido -que prevé unos breves plazos de tramitación- y para evitar un mayor quebranto a las arcas municipales por la paralización del proceso en caso de que el interesado lograra una sentencia favorable.

En definitiva, dada la voluntad inicial de otorgar el derecho a la reserva de puesto de trabajo, el tiempo transcurrido desde su reconocimiento y la pasividad de la Administración para combatir el acto cuestionado supone que, instar ahora su revisión de oficio y su declaración de nulidad, choca y contraría la seguridad jurídica y la confianza legítima generada en el trabajador, que deben operar como límites a la revisión de oficio.

En mérito a lo que antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede la revisión de oficio del Decreto de la Alcaldía de 28 de enero de 2011 en virtud de los límites establecidos en el artículo 110 de la LPAC.

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

Madrid, a 27 de abril de 2017

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 167/17

Sr. Alcalde de Torrejón de Velasco

Pza. España, 1 – 28990 Torrejón de Velasco