

Dictamen n°: **470/17**
Consulta: **Rector de la Universidad Politécnica de Madrid**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **23.11.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 23 de noviembre de 2017, emitido ante la consulta formulada por la Universidad Politécnica de Madrid por conducto del entonces consejero de Educación, Juventud y Deporte (ahora consejero de Educación e Investigación), al amparo del artículo 5.3.f) b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña., Dña., Dña., Dña., Dña., Dña. y Don, sobre revisión de oficio del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Politécnica de Madrid de 9 de marzo de 2013 por el que se acordó la amortización de 301 puestos de trabajo de la citada Universidad entre los que se incluían los de los interesados y los actos de ejecución del Acuerdo concretados en el cese sin indemnización de los solicitantes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 23 de agosto de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente de la Universidad Politécnica de Madrid, en relación al expediente aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 359/17, 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 de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

Al amparo de lo establecido en el artículo 19.2 del ROFCJA se estimó el expediente incompleto, por lo que, con suspensión del plazo para emitir dictamen, se solicitó documentación complementaria que tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el día 25 de octubre de 2017, reanudándose en esta fecha el plazo para formular nuestro dictamen.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 23 de noviembre de 2017.

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

1.- El Consejo de Gobierno de la Universidad Politécnica de Madrid acordó el 9 de marzo de 2013, entre otras cuestiones, la amortización de 301 puestos de trabajo previstos en la Relación de Puestos de Trabajo del Personal de Administración y Servicios, funcionario y laboral, que figuraban dotados en el ejercicio correspondiente a 2012: 145 puestos de trabajo de personal funcionario de las Escalas de Técnicos de Gestión, Gestión de Sistemas de Informática, Técnicos Auxiliares de Biblioteca y Auxiliares Administrativos (Subgrupos A1, A2, C1 Y C2) y 156 puestos de trabajo de personal laboral de las categorías profesionales de Titulado Superior, Titulado de Primer Ciclo, Técnicos Especialistas y Técnicos Auxiliares (Grupos A, B, C y D).

2.- Con fecha 11 de marzo de 2013 se comenzó a comunicar a los trabajadores afectados el cese por amortización del puesto de trabajo en virtud del Acuerdo de 9 de marzo de 2013. La fecha de efectividad del cese era el 25 de marzo de 2013.

3.- El día 30 de octubre de 2013 la secretaria general de la Universidad Politécnica certifica que los puestos de trabajo reservados a personal funcionario amortizados en virtud del Acuerdo de 9 de marzo de 2013 corresponden a plazas vacantes puras (no ocupadas por funcionarios de carrera) que, circunstancialmente, están ocupadas por funcionarios interinos hasta su provisión por los procedimientos reglamentarios. Igualmente certifica que el criterio de amortización fue atendiendo a razones estrictas de antigüedad en la Universidad, tomándose como referencia los años, meses y días de servicio en orden ascendente hasta el límite de puestos de necesaria amortización establecido en 145. Por último certifica que los puestos de trabajo todavía ocupados por funcionarios interinos, corresponden a sustituciones de funcionarios de carrera con baja laboral de larga duración o pendientes de tribunal médico, sustituciones de funcionarios de carrera en situación de liberado sindical o aquellos otros que excedían del número de 145 por ser el número de necesaria amortización por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad.

3.- Consta en el expediente que contra el Acuerdo de 9 de marzo de 2013 se interpusieron diversos recursos contencioso-administrativos. Podemos citar a título ilustrativo los siguientes:

- Recurso interpuesto por la Federación Regional de Enseñanza de Comisiones Obreras y 41 trabajadores de la Universidad Politécnica de Madrid que dio lugar al Procedimiento Abreviado 201/13 y culminó con la Sentencia 123/2014, de 4 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 29, de Madrid. En la citada sentencia se examinaron

las alegaciones de los recurrentes en relación con la falta de negociación previa con los representantes de personal; la falta de motivación del Acuerdo de 9 de marzo de 2013; la falta de racionalidad de la decisión; la vulneración del principio de igualdad y desviación de poder.

En cuanto al primer motivo la sentencia señala que no puede decirse a la vista del expediente administrativo, que no se haya negociado previamente el acuerdo impugnado con el Comité de Empresa y la Junta de Personal, *“constatado que hubo negociación colectiva los días 6, 7 y 13 de febrero de 2013, así como los días 25, 26, 27 y 28 de febrero, y 1 y 2 de marzo de 2013, en sesiones de ocho y nueve horas diarias, sobre la precaria situación económica de la Universidad, sobre la necesidad de reducir gastos de personal (Capítulo 1 del Presupuesto), ...”*.

Por lo que se refiere a la falta de motivación del acuerdo, la sentencia señala que de todo el proceso de negociación, como de la documentación puesta a disposición de la parte social, se pone de manifiesto la motivación del acuerdo adoptado (la reducción de alumnos de la Universidad a lo largo de los años precedentes, el aumento del Personal de Administración y Servicios, la reducción de la subvención nominativa de la Universidad por parte de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, y el precario estado económico y financiero en que, debido a esas circunstancias, queda la Universidad demandada). La sentencia señala que *“las actas y documentos puestos a disposición de la parte social en el proceso negociador precedente al acuerdo impugnado pone bien a las claras cuál ha sido el motivo fundamental y decisivo para adoptarlo”*.

La sentencia añade que ni siquiera cabe apreciar falta de motivación a la hora de elegir los puestos de trabajo que finalmente se han amortizado, porque *“las representaciones de personal se negaron en redondo a aceptar reducciones retributivas y amortización alguna de puestos de trabajo; y ni siquiera hicieron ellos propuesta alguna de minorar*

la relación propuesta por la Universidad o sustituir los puestos de trabajo de dicha relación por otros”.

En cuanto a la alegación que tacha de arbitraria la amortización de los 301 puestos de trabajo, la sentencia después de recordar que la Relación de Puestos de Trabajo, se enmarca dentro de la potestad de autoorganización de las Administraciones, que es una potestad esencialmente discrecional, controlable jurisdiccionalmente en sus aspectos reglados, descarta que en este caso la decisión adoptada haya sido irracional o arbitraria

Por último, en cuanto a la desviación de poder alegada por los recurrentes, la sentencia señala rechaza dicho alegato, *“dado que no se da ninguna argumentación fáctica ni doctrinal, ni se aporta prueba alguna, que demuestre qué fin diferente al de reorganizar la plantilla del PAS (Personal de Administración y Servicios) y reducir gastos de personal pretende lograr la UNIVERSIDAD POLITECNICA DE MADRID, ni qué indicios hay de esa supuesta desviación”.*

La referida sentencia fue confirmada en apelación por la Sentencia de 30 de octubre de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

- Sobre la adecuación a derecho del Acuerdo de 9 de marzo de 2013 también se pronunciaron, entre otras, la Sentencia de 31 de marzo de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 26, de Madrid confirmada en apelación por la Sentencia de 18 de noviembre de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. También las sentencias firmes de 21 de noviembre y 10 de diciembre de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 23, de Madrid, así como la Sentencia de 30 de abril de 2014, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº18, la Sentencia de 5 de junio de 2014, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº6, de Madrid y la Sentencia de 22 de abril de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31, de Madrid.

También constan en el expediente diversos decretos de distintos juzgados en los que se tiene por desistidos y apartados de la prosecución del recurso a distintos trabajadores cesados en virtud del Acuerdo de 9 de marzo de 2013 (folios 400 a 416).

4.- La amortización de las 156 plazas del personal laboral interino por vacante, acordada en marzo de 2013, fue impugnada en proceso de conflicto colectivo ante la jurisdicción social recayendo en la instancia Sentencia 14 de junio de 2013 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que se desestimó la demanda y se declararon ajustadas a derecho las extinciones por amortización de las vacantes.

Esa resolución fue recurrida en casación, recayendo Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014 que casó la sentencia recurrida y declaró la nulidad de los despidos colectivos impugnados, al entender que no se había seguido el procedimiento previsto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

En ejecución de la citada Sentencia de 24 de junio de 2014 la Universidad Politécnica de Madrid readmitió a los trabajadores afectados, los dio de alta en la Seguridad Social y les pagó sus salarios, pero no les dio ocupación, lo que dio lugar a distintas vicisitudes y negociaciones que culminaron con un procedimiento de despido colectivo y un plan de recolocación externa de los 66 trabajadores (PAS) que quedaban con contrato de interinidad por vacante, pues el resto había resuelto ya sus contratos por diferentes vías.

Frente a la anterior decisión se interpuso demanda que fue estimada por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de junio de 2015, que consideró no ajustado a derecho el despido colectivo del personal laboral de Administración y Servicios de la Universidad.

La anterior sentencia fue recurrida en casación tanto por las organizaciones sindicales como por la Universidad Politécnica. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2017 estimó el recurso de casación de la Universidad y en consecuencia casó la sentencia recurrida.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2017 tiene en cuenta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de septiembre de 2015, que declaró válida la modificación de la RPT y consideró que concurría la causa organizativa alegada y la razonabilidad de la misma *“pues no se debe olvidar que los problemas de déficit presupuestario que motivaron la modificación de la RPT, se arreglaron con una reducción de plantilla y una reorganización de los servicios y del personal empleado en ellos que constituye una causa organizativa que razonablemente justifica el despido colectivo, por cuanto, como se dijo antes, existe una íntima relación entre las razones presupuestarias y las organizativas porque una mejor organización, de los servicios los hace más eficientes y a la par permite mejorar sus costes”*.

TERCERO.- 1. El día 2 de marzo de 2017 tuvo entrada en la Universidad Politécnica de Madrid una solicitud, formulada por un abogado en representación de las personas citadas en el encabezamiento de este dictamen, en la que se instaba la revisión de oficio *“del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 9 de marzo de 2013 en su aplicación a mis representados por medio de los actos de ejecución del mismo, por los que se llevó a término el cese sin indemnización de mis representadas como funcionarias interinas en la Escala Auxiliar Administrativa de la Universidad”*.

En el escrito, tras hacer un relato de los antecedentes de hecho del asunto, que pasan por la referencia al Acuerdo de la Universidad

Politécnica de 9 de marzo de 2013, a la impugnación del mismo en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y social por distintos trabajadores afectados por la amortización de sus puestos de trabajo, entre los que se incluirían a algunos de los ahora interesados, según señala el escrito, y a las sentencias recaídas en los distintos procedimientos judiciales, fundamenta la revisión de oficio que se pretende en la causa de nulidad del artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), que, según dice, obliga a declarar la nulidad de pleno derecho de los actos dictados por la Administración *"que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional"*.

El escrito considera que el acto administrativo frente al que se dirige la revisión de oficio supone una vulneración del derecho fundamental a la igualdad reconocido tanto en el artículo 14 de la CE (*"Los españoles son iguales ante la ley; sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*), como el derecho a acceder en igualdad de condiciones a las funciones y cargos públicos, reconocido en el artículo 23.2 de la CE (*"Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes"*). Considera que concurren causas fronterizas de las ya juzgadas, pero no iguales, pero también causas recién apuntadas en el Derecho de la Unión Europea.

En este sentido el escrito, con invocación de la doctrina de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (Asuntos de *"Diego Porras"*, *"Pérez López"*, *"Martínez Andrés"* y *"Castrejana López"*), considera que debe ser declarada no ajustada a Derecho la amortización de las plazas, restituyéndoles la Universidad Politécnica en ellas, por las que pueden resumir en lo siguiente:

- Por existir desviación de poder al hacer la amortización de plazas por economicismo y sin causa legal. Consideran que la decisión se tomó sin ningún estudio sobre su afectación al servicio educativo.

- Por utilizar para llevar a cabo la amortización de plazas de un criterio de antigüedad *“contrario a la razonabilidad”*.

- Desigualdad con otros trabajadores con menos antigüedad cuyas plazas no fueron amortizadas (56 plazas de interinos de sustitución) o con el personal de Administración y Servicios administrado por la Oficina de Transferencia de Tecnología, a los que no se tuvo en consideración en la decisión amortizadora.

“Todo ello como elementos acreditativos de una infracción del derecho a la igualdad (art.14 CE) y al acceso y mantenimiento de mis representados a la función pública (art.23.2 CE)”.

En el escrito de solicitud de revisión de oficio, además, se pide *“subsidiariamente, cuando se provean nuevas vacantes interinas de Auxiliares Administrativos, deberán ser llamados mis representados a ocuparlas, con preferencia sobre quienes no han interesado la revisión de oficio, por el mismo criterio de antigüedad que se utilizó para amortizarlas, priorizándolas en la bolsa de trabajo que acordó crear el Consejo de Gobierno”*.

Por último, el escrito señala que *“en todo caso, deberá reconocérseles el derecho a percibir una indemnización de 45/20 días por año de servicios prestados a la UPM, en los mismos términos-que los trabajadores interinos de las plazas de PAS laboral en su día amortizadas”* y solicita la incorporación al expediente de diversa documentación.

El escrito de solicitud se acompaña con distintos documentos, entre otros, la escritura de poder otorgada a favor del firmante del escrito de

solicitud de la revisión de oficio; las fichas individuales de cada uno de los interesados (con referencia a los puestos desempeñados en la Universidad y tareas ejercidas en ellos); ciertos certificados de la secretaria general de la Universidad Politécnica en relación con el proceso de amortización de las plazas y con la Relación de Puestos de Trabajo de la Universidad, así como una relación de funcionarios interinos que ocupaban plazas vacantes con anterioridad al Acuerdo de 9 de marzo de 2013 (folios 1 a 84 del expediente).

2. Según certificado de la secretaria general de la Universidad Politécnica, el Consejo de Gobierno de la citada Universidad en las sesiones ordinarias de 29 de junio y 5 de julio de 2017 adoptó, entre otros, el acuerdo de aprobar la iniciación y tramitación en su totalidad de los expedientes y procedimiento de revisión de oficio previsto en el artículo 106 de la LPAC, del Acuerdo de 9 de marzo de 2013, así como la delegación de las facultades y competencias que ostenta el Consejo de Gobierno en la tramitación de dichos expedientes hasta su finalización en el rector de la Universidad, para su posterior elevación al Consejo Social de la Universidad. Igualmente se aprobó la resolución por la que se desestimaba la solicitud de readmisión de funcionarios interinos cesados en virtud del Acuerdo de 9 de marzo de 2013 y, en su caso, de indemnización, para su posterior elevación al Consejo Social.

De acuerdo con el certificado expedido por el secretario del Consejo Social de la Universidad, este órgano en su sesión de día 30 de junio de 2017 informó favorablemente las propuestas anteriormente referidas del Consejo de Gobierno de la Universidad Politécnica de Madrid.

3. Consta en los folios 88 a 96 del expediente un escrito de 10 de julio de 2017 de la directora del Gabinete de Asesoría Jurídica de la Universidad Politécnica en el que se indica que en la citada fecha el Consejo de Gobierno de la Universidad ha adoptado la resolución de iniciar el procedimiento previsto en el artículo 106 de la LPAC contra el

Acuerdo del Consejo de Gobierno de 9 de marzo de 2013, de poner de manifiesto el expediente a todo aquel que ostente la condición de interesado para formular alegaciones, de solicitar informe de la Gerencia de la Universidad y de solicitar dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Figura en los folios 98 a 106 la notificación del anterior escrito al abogado firmante del escrito de solicitud de la revisión de oficio.

4. Consta incorporada al expediente (folios 109 a 125) la documentación relativa a la antigüedad de los interesados en la Universidad Politécnica así como en relación con el salario de los mismos, remitida por el vicerrector de Asuntos Económicos de acuerdo con la información facilitada por el jefe del Servicio de Retribuciones y Pagos.

5. El día 14 de julio de 2017 emitió informe el gerente de la Universidad Politécnica en el que después de exponer las causas económicas y organizativas que llevaron a adoptar el Acuerdo de 9 de marzo de 2013, y señalar que dicho Acuerdo se adoptó previa negociación con la representación de los trabajadores, analiza las causas de nulidad invocadas en el escrito de solicitud de inicio de la revisión de oficio en los siguientes términos:

- Rechaza la ausencia de vulneración del principio de igualdad por existir 56 puestos de funcionarios interinos que no fueron amortizados. En este sentido señala que no hay discriminación por adoptar la decisión de amortizar a funcionarios interinos con menor antigüedad frente a aquellos que tienen un mayor tiempo de prestación de servicios e invoca la sentencia firme núm. 187/2.014, de 30 de abril del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 18 de Madrid, en la que puede leer que *“es evidente que el término de comparación que se esgrime no es válido dado que existe una diferenciación entre las plazas vacantes o aquellas otras plazas ocupadas por un determinado funcionario de carrera con derecho a*

su reserva que, por las circunstancias antes expuestas, no la está desempeñando de manera efectiva y se han asignado a funcionarios interinos”.

- Rechaza la existencia de discriminación por no afectar la amortización al personal contratado con cargo a proyectos de investigación, dada la diferente relación jurídica de este personal respecto a los funcionarios interinos, así como encontrarse los contratos financiados con cargo a dotaciones de terceros sin reflejo en la RPT ni en los gastos de personal.

- Rechaza la ausencia de discriminación en relación con los contratados laborales despedidos por causas objetivas que percibieron una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, por no existir término de identidad entre los colectivos comparables, pues, considera que tienen distinta naturaleza jurídica, distinta regulación, distinto orden jurisdiccional y lo más importante distintas funciones cubiertas por distintos empleados, unas principalmente del servicio administrativo y otras de instrumentales laborales.

- En cuanto a la aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea destaca que la legalidad del Acuerdo de 9 de marzo de 2013 ha sido reconocida por el juez nacional con el efecto de cosa juzgada y cita al efecto diversas sentencias de la jurisdicción Contencioso-Administrativa

Por último con cita de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del TJUE (asunto c-16/15) considera que el trabajador fijo comparable al funcionario interino es el funcionario de carrera y que no existe una regulación diferenciada entre el funcionario de carrera y el funcionario interino en relación con la indemnización por la pérdida de la condición de funcionario y por tanto no se produce un trato discriminatorio desfavorable al respecto.

El informe se acompaña con numerosa documentación entre las que se incluyen diversas sentencias tanto del orden jurisdiccional Contencioso-administrativo como del orden social relativas a la impugnación del Acuerdo de 9 de marzo de 2013 así como de los ceses de diversos trabajadores (folios 163 a 416).

6. El día 28 de julio de 2017 el rector de la Universidad Politécnica acordó la suspensión del procedimiento por el tiempo que mediara entre la solicitud de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora y la recepción del mismo. La resolución de suspensión del procedimiento fue notificada a los interesados según resulta de los folios 423 a 429 del expediente.

7. El día 31 de julio de 2017 tuvo entrada en la Universidad Politécnica el escrito de alegaciones formulado por los interesados. En el citado escrito denuncian en primer lugar que el expediente está incompleto pues en su solicitud de revisión de oficio se pedía la incorporación de una serie de documentos que no han sido incluidos en el expediente. Además inciden en los términos de su escrito inicial en relación con la vulneración del principio de igualdad.

8. Obra en los folios 444 a 449 un documento denominado “*Resumen de actuaciones*” que ha sido firmado por la directora del Gabinete de Asesoría Jurídica el día 9 de octubre de 2017, tras la solicitud de subsanación del expediente formulada por esta Comisión Jurídica Asesora. En el citado documento, entre otras cuestiones, se da contestación a las alegaciones formuladas por los interesados que resumidamente se concretan en lo siguiente:

- Excepción de cosa juzgada pues la legalidad del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 9 de marzo de 2013, ha sido confirmada y ratificada por sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

- Caducidad pues según el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, el plazo para accionar ante un despido improcedente es de 20 días y el plazo para reclamar cantidades derivadas del contrato de trabajo prescribe al año, por lo que aun el improbable caso, que se considerara que el trabajador fijo comparable fuese de régimen jurídico laboral, dichas acciones estarían caducadas o prescritas.

-Inexistencia de discriminación basada en la interpretación del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE y en las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con fecha 14 de septiembre de 2016.

- En cuanto a la readmisión e indemnización solicitada indica que únicamente el Estatuto de los Trabajadores, de aplicación a los contratados laborales, del que están expresamente excluidos los funcionarios, prevé que la extinción de la relación laboral pueda ser calificada de despido improcedente con derecho a readmisión e indemnización. En cuanto a la indemnización, indica que el trabajador fijo comparado al funcionario interino es el funcionario de carrera, y no existe una regulación que otorgue derecho de indemnización por la pérdida de la condición de funcionario y por lo tanto no se produce un trato discriminatorio.

9. Consta en los folios 450 a 529 del expediente cierta documentación solicitada por los interesados relativa a la relación de servicios así como las resoluciones de nombramiento y cese de cada uno de ellos; la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 18 de septiembre de 2017 de la Resolución de 6 de julio de 2017 de la Universidad Politécnica de Madrid por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en la Escala de Auxiliares Administrativos por el sistema general de acceso libre y los certificados emitidos por los directores de las Escuelas en relación con las reuniones mantenidas

sobre la adecuación de los recursos a las necesidades de los diferentes centros y unidades.

10. El día 27 de julio de 2017 el rector de la Universidad Politécnica formuló propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud de revisión de oficio planteada por los interesados, declaratoria de la legalidad del Acuerdo de 9 de marzo de 2013 y del carácter vinculante del Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora. En cuanto a los fundamentos la propuesta se remitía a un anexo I que no se incorporó al expediente remitido. Solicitado el complemento del expediente por esta Comisión Jurídica Asesora se remitió aclaración por el rector de la Universidad Politécnica en la que se indicaba que la remisión al anexo I debía entenderse hecha al documento 12 del expediente administrativo (folios 126 a 416) en el que se incluye el informe del gerente de la Universidad Politécnica junto con documentación complementaria.

11. Figura en el expediente que tras la incorporación de la documentación citada anteriormente (folios 450 a 529 del expediente), el 3 de agosto de 2017 se dio traslado de la misma a los interesados confiriéndoles un plazo de cinco días para formular alegaciones tal y como figura en los folios 531 a 613 del expediente.

12. El día 19 de septiembre de 2017 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el escrito de alegaciones formulada por los interesados el 4 de septiembre de 2017, una vez que la solicitud de este dictamen había tenido entrada en esta Comisión Jurídica Asesora. Según resulta de la documentación remitida el 9 de agosto del 2017 el representante de los interesados presentó un escrito en la Universidad Politécnica indicando que no había recibido el burofax remitido el 3 de agosto de 2017, aunque figuraba como entregado el 21 de agosto, por lo que se hizo un nuevo envío por correo electrónico el 28 de agosto de 2017.

En el escrito de alegaciones formulado se reprocha que el expediente no contempla la totalidad de los documentos solicitados. Además se señala que el haber dispuesto de un plazo de cinco días para formular alegaciones y además en época estival les genera indefensión. Por último incide en la nulidad de una conducta que califica como de “*discriminación poliédrica contraria a los artículos 23.2 y 14 de la CE*”.

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 universidades públicas sobre revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes. La consulta se solicita por el rector de la Universidad Politécnica de Madrid a través del entonces consejero de Educación, Juventud y Deporte, al amparo del artículo 18.3.d) del ROFCA.

La obligatoriedad del dictamen de esta Comisión antes de adoptar el acuerdo de revisión de oficio también se desprende del artículo 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las administraciones Públicas (en adelante, LPAC), que exige que se adopte previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en este supuesto carácter vinculante.

SEGUNDA.- 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.

La potestad de la revisión de oficio se reconoce también a la Universidad Politécnica por el artículo 4 a) de sus Estatutos, aprobados por el Decreto 74/2010, de 21 de octubre, cuando enumera entre las prerrogativas de la Universidad la de revisión en vía administrativa.

En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, el citado artículo 106 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 en la Comunidad de Madrid 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 procedimiento se ha iniciado a solicitud de los interesados que, como hemos visto en los antecedentes, el día 2 de marzo de 2017 instaron a la Universidad Politécnica a llevar a cabo la revisión de oficio de sus actos, por lo que el procedimiento no está sujeto a plazo de caducidad, si bien resulta de aplicación lo dispuesto en el citado artículo 106.5 de la LPAC, de manera que transcurridos seis meses desde la solicitud de inicio del procedimiento, los interesados puede entender la misma desestimada por silencio administrativo.

Por otro lado, las 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). En este caso durante la instrucción se han recabado y emitido los informes del gerente y de la directora del Gabinete de Asesoría Jurídica de la Universidad Politécnica y se han incorporado al procedimiento determinados documentos solicitados por los interesados.

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 el inicio del procedimiento al representante de los solicitantes que formuló alegaciones el día 31 de julio de 2017 y posteriormente se les confirió un nuevo trámite de audiencia al haberse incorporado informes y documentación al procedimiento, lo que motivó que se formularan nuevas alegaciones por parte de los interesados. Debe significarse que este segundo trámite de audiencia no se ha conferido en debida forma puesto que el mismo se concedió tras la formulación de la propuesta de resolución cuando, conforme a lo dicho, debió ser previo a la misma, sin embargo consideramos que esta irregular forma de proceder no ha causado indefensión a los interesados toda vez que han podido formular alegaciones que pueden ser tenidas en cuenta por esta Comisión Jurídica Asesora para la emisión de su dictamen.

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, propuesta que en el presente expediente, y sin perjuicio de lo anteriormente señalado en cuanto al momento de su adopción, fue acordada por el rector de la Universidad Politécnica con apoyo en los hechos y fundamentación jurídica contenidos en el informe del gerente de la Universidad que figura como documento 12 del expediente.

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 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”*.

Como primera premisa cabe destacar la confusión que siembra el escrito de solicitud de revisión de oficio en cuanto al acto que se pretende que sea revisado, pues si bien es cierto que la mayor parte de la argumentación del escrito se centra en la nulidad del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Politécnica de 9 de marzo de 2013 por el que se acordó la amortización de 301 puestos de trabajo, sin embargo también se desliza una pretensión de nulidad en relación con la aplicación de dicho Acuerdo a los interesados *“por medio de los actos de ejecución del mismo”*, que vienen referidos al *“cese sin indemnización”* de dichos trabajadores como consecuencia de la aplicación de la decisión adoptada de amortización de sus puestos de trabajo.

Por lo que se refiere al Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Politécnica de 9 de marzo de 2013, no cabe duda de que se trata de un acto que puso fin a la vía administrativa, tal y como resulta del artículo 6.4 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, según el cual las resoluciones del Rector y los acuerdos

del Consejo Social, del Consejo de Gobierno y del Claustro Universitario, agotan la vía administrativa y serán impugnables directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por lo que se refiere a las resoluciones de cese, las mismas, tal y como resulta del expediente, fueron firmadas por el gerente de la Universidad al amparo de lo establecido en el artículo 70 g) de los Estatutos de la Universidad Politécnica que atribuye al gerente el ejercicio, por delegación del rector, de la jefatura del Personal de Administración y Servicios, por lo que dichas resoluciones, en cuanto que deben entenderse adoptadas por el órgano delegante (en este sentido el artículo 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, de igual modo que el artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) también pusieron fin a la vía administrativa.

Por otro lado, con carácter previo a examinar la concurrencia de la causa de nulidad invocada, conviene detenernos en una cuestión que se ha planteado en el procedimiento y que consiste en determinar si constituye un óbice para la revisión de oficio pretendida el hecho de que existan numerosos pronunciamientos judiciales sobre la validez del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Politécnica de 9 de marzo de 2013, así como sobre las Resoluciones de cese adoptadas en ejecución del mismo. Cabe matizar que no todos los solicitantes de la revisión de oficio impugnaron judicialmente los actos que ahora examinamos pues en el escrito de solicitud de la revisión de oficio se pronuncia en este sentido al decir que no todos los interesados ejercieron acción impugnatoria, si bien desconocemos qué interesados accionaron judicialmente y cuáles no, lo que como ahora veremos tiene cierta trascendencia por lo que a continuación pasamos a exponer.

La institución que entra en juego para resolver la cuestión planteada es la de cosa juzgada, que se encuentra estrechamente vinculada al principio de seguridad jurídica. En este sentido recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo 17 de enero de 2006 (recurso 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”.

Como es sabido, la cosa juzgada material es el efecto propio de las resoluciones judiciales firmes que implica la indiscutibilidad de la voluntad concreta de la Ley, afirmada en la sentencia, por exigencias del principio de seguridad jurídica, garantizada constitucionalmente. De manera que lo que trata dicha institución, es de impedir que se vuelva a tratar sobre lo que ha sido resuelto, prohibiendo el nacimiento de un nuevo proceso sobre el mismo asunto.

En este sentido cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2017 (casación 1976/2015) donde dice que *“el principio o eficacia de cosa juzgada material, se produce, según la jurisprudencia de esta Sala, cuando la cuestión o asunto suscitado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en otro anterior por la resolución judicial en él recaída. Tal manifestación de la cosa juzgada, que consagra el artículo 222 de la LEC, atiende de manera especial a la seguridad jurídica, evitando que la discusión jurídica se prolongue indefinidamente mediante la iniciación de nuevos procesos sobre lo que ha sido ya definido o determinado por la Jurisdicción, y, al mismo tiempo, que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias”*.

Esta figura, que en principio se define en un ámbito procesal, tiene su trasunto en el ámbito administrativo, en tanto en cuanto las sentencias firmes tienen fuerza de obligar a las partes en el proceso, como indica el artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de diciembre, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa (LJCA).

Es reiterada la jurisprudencia que viene acogiendo la improcedencia de la revisión de oficio respecto de actos que han sido previamente objeto de recurso contencioso-administrativo. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (recurso 269/2014) cuando dice que *“no es posible instar la revisión de oficio, por existir cosa juzgada, cuando previamente se haya impugnado la resolución de que se trata en vía jurisdiccional”*.

Además la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido también constante al considerar que no puede pretenderse válidamente instar una revisión de oficio de un acto ya impugnado judicialmente por una supuesta nulidad de pleno derecho, aunque se aleguen ahora nuevos motivos de nulidad que pudieron y debieron alegarse en su momento. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 mayo 2010 señala que *“el actor tiene la carga de agotar todos los motivos de nulidad o*

anulabilidad en que haya incurrido a su entender el acto impugnado, so pena de dejar consentidos tales vicios”.

El escrito de reclamación menciona la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2017 (recurso 1469/2015) en el que se admite la revisión de oficio pese a que existía sentencia firme (al haberse declarado desierta la casación). No obstante, además de que se trata de una sentencia aislada frente a una sólida línea jurisprudencial, la sentencia hace especial hincapié en las particularidades del caso que resuelve, en el que existía una sentencia del Tribunal Supremo que anulaba la actuación de un tribunal de oposiciones. Por ello la sentencia alude expresamente en dos ocasiones (F. J. 4º) a las “*características singulares del caso*”.

Trasladando las anteriores consideraciones al caso que no ocupa, cabe considerar que respecto aquellos que impugnaron en la vía contencioso-administrativo los actos que ahora se pretenden revisar, no cabría la revisión de oficio pretendida al verse afectados por la cosa juzgada.

Por lo que se refiere a los que no accionaron judicialmente en defensa de sus intereses, si bien no les afecta en puridad la cosa juzgada, pues es evidente que no existe identidad subjetiva, sin embargo debe entrar en juego el principio de seguridad jurídica, que se vería claramente dañado si aquellos que no impugnaron judicialmente los actos de la Universidad Politécnica que les eran desfavorables, consintiéndolos, obtuvieran por la vía de la revisión de oficio un pronunciamiento contradictorio con lo resuelto por sentencias firmes, en las que se ha considerado que el Acuerdo de 9 de marzo de 2013 en ningún caso podía reputarse arbitrario, irracional, desproporcionado o vulnerador del principio de igualdad (así la Sentencia de 30 de octubre de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid).

CUARTA.- No obstante, aun entrando en el fondo del asunto tampoco cabe admitir la procedencia de la revisión de oficio solicitada.

Hemos de partir de que la potestad de revisión de oficio, 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”*.

En este caso a la hora de analizar la nulidad alegada por los interesados conviene poner de manifiesto la confusión que siembra el escrito de solicitud de la revisión de oficio entre la nulidad que se invoca del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Politécnica de 9 de marzo de 2013 y la nulidad de las resoluciones de cese, pues si bien en ambos casos se invoca como fundamento de la nulidad de pleno derecho de los actos la vulneración del principio de igualdad en relación con el artículo 47.1 letra a) de la LPAC (*“los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”*), sin embargo es en relación con los ceses cuando, según la lógica del escrito de solicitud de

los interesados, entra en juego la invocación de las sentencias comunitarias.

Con carácter general cabe recordar que, según reiterada doctrina constitucional, el art. 14 de la Constitución Española, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. Además la igualdad a la que se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la ley, no comporta necesariamente una igualdad material, lo que significa que a los supuestos de hecho iguales deben ser aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados (STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2).

Según ha afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional, el juicio de igualdad constituye un juicio de carácter relacional que requiere como presupuestos obligados, de un lado, que se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3).

Como afirma el Tribunal Constitucional *“el juicio de igualdad ex art. 14 CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que*

supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas” (SSTC 212/1993, de 28 de junio, FJ 6, y 80/1994, de 13 de marzo, FJ 5, entre otras). Por ello toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en “*una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos*” (ATC 209/1985, de 20 de marzo, FJ 2).

QUINTA.- En este caso los interesados alegan discriminación en relación con los contratados laborales cuyas plazas fueron amortizadas y que fueron indemnizados por despido, invocándose la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias de 14 de septiembre de 2016 que pasamos a analizar.

Para centrar el análisis conviene señalar que el origen de la cuestión se halla en la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, que contiene como anexo un Acuerdo marco sobre contratos de duración determinada cuya cláusula 4.1 dispone que , por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con contratos de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

La interpretación de la citada cláusula se contiene en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (asunto de “*Diego Porras*”) que se dictó a raíz de la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El asunto tiene su origen en el caso de una trabajadora del Ministerio de Defensa que había ejercido como secretaria desde febrero de 2003 al amparo de sucesivos contratos laborales de interinidad siendo la causa de la extinción contractual en el año 2012 la

reincorporación de la trabajadora sustituida. La extinción contractual fue impugnada judicialmente como despido improcedente y desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social nº1, de Madrid. Interpuesto recurso de suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, después de apreciar la legalidad del contrato de interinidad y de la extinción impugnada, se plantea si constituye un pronunciamiento legal necesario el determinar si debe abonarse una indemnización al trabajador interino aunque se desestime la improcedencia o nulidad del despido y aunque la trabajadora no hubiese solicitado el abono de la indemnización.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid planteó cuatro cuestiones prejudiciales que el Tribunal Justicia de la Unión Europea reformuló en dos, concluyendo que el citado Acuerdo marco *“se opone a una normativa nacional que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización”*.

La interpretación que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del Acuerdo Marco se circunscribe en esta sentencia como hemos visto al ámbito de las relaciones laborales lo que supone un obstáculo para su aplicación al ámbito funcionarial como pretenden los interesados.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea introduce como hemos visto el criterio relativo a que las situaciones de los trabajadores sean comparables, de manera que mientras en el ámbito laboral el término de comparación será entre el trabajador con contrato de interinidad y el trabajador con contrato por tiempo indefinido, por el

contrario en el ámbito funcional el trabajador fijo comparable con el funcionario interino sería el funcionario de carrera y como es sabido a éste no se le reconoce indemnización en el momento de cese en el puesto de trabajo.

Precisamente la comparación de la situación de los funcionarios interinos con el personal laboral temporal ya fue rechazada por la Sentencia de 30 de octubre de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de constante cita, lo que incide más en la inadecuación de la vía de la revisión de oficio como fórmula para revisar lo decidido en sentencias firmes.

Sobre esta cuestión ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en nuestro Dictamen 259/17, de 22 de junio, que aunque referido a un asunto de responsabilidad patrimonial, abordó la aplicación de la citada doctrina comunitaria. En el citado dictamen nos hicimos eco de la Sentencia de 7 de octubre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (R.A. 82/16), que *obiter dicta* señaló lo siguiente:

“... que actualmente los funcionarios o estatutarios temporales no tienen indemnización por despido, como tampoco la tienen los funcionarios o estatutarios de carrera, y a diferencia de lo que ocurre con los empleados laborales, por lo que podría no resultar aquí de aplicación la Sentencia del Tribunal Europeo también de 14 de septiembre de 2016 y sobre la Directiva 1999/70/CE, asunto de Diego Porras, al respecto de la discriminación de los contratos de trabajo temporal en relación con los fijos en orden a la indemnización. Cuestión que se deja meramente apuntada, pues no era materia de debate en esta apelación”.

En línea con la postura de esta Comisión Jurídica Asesora sobre la inexistencia de término de comparación entre los funcionarios interinos y

los contratados laborales han existido distintos pronunciamientos judiciales, así la Sentencia de 5 de mayo de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2, de Santiago de Compostela, cuando señala lo siguiente:

«está justificado que los trabajadores laborales deban tener diferente indemnización al cesar en sus trabajos, según el tipo de contrato, causa de cese y tiempo trabajado, pero también existen tales “razones objetivas” que justifican que el personal reciba un trato diferenciado en razón al diferente régimen jurídico que los disciplina, lo que sucede con quienes resultan asimilados a los funcionarios de carrera, que gozan de derechos singulares propios de su condición, entre los cuales no se encuentra el de ser indemnizados al surgir la causa legal de su cese, como tampoco tienen tal derecho los funcionarios de carrera que cesan por las causas tasadas, ello sin perjuicio de que, en razón a que como los primeros pierden su trabajo por causas a ellos no imputables y como cotizan por la prestación de desempleo, pueden percibir la prestación contributiva por tal causa, al igual que el personal sujeto a una relación laboral»

En la misma línea la Sentencia de 8 de junio de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº13, de Barcelona, relativa al cese de personal estatutario interino, en la que no se considera aplicable la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto de “Diego Porras” y razona que “la Sentencia entiende discriminatorio y contrario a la Directiva que se establezcan diferencias de trato en lo relativo a la indemnización por finalización de contrato entre los trabajadores con contrato de interinidad y los trabajadores fijos comparables” y añade que la situación no se daba en el caso analizado dado que la naturaleza de la relación del actor con el empleador no era laboral sino estatutaria, por lo que “en consecuencia, la diferencia de trato en la que el actor fundamenta su petición no se

establecería entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contrato indefinido sino entre personal estatutario y personal laboral, lo que determina que no sean aplicables al presente caso ni la Directiva citada ni la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea citada por el actor”.

Precisamente la Sentencia que acabamos de citar contiene una referencia a otra de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (la dictada en el asunto C-16/15 “Pérez López”) en la que señala que las diferencias de trato que tengan su causa en el carácter estatutario o laboral de la relación laboral no son objeto de la Directiva 1999/1970. Así indica lo siguiente:

“En cambio, una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada, como la que señala el juzgado remitente, que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcionarial o laboral, no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo Marco...”.

También cabe citar la Sentencia de 25 de mayo de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº4, de Barcelona, referida al cese de la actora como personal funcionario interino que ocupaba plaza vacante, con motivo de la amortización de dicha plaza. La citada sentencia después de reconocer que la citada amortización debía entenderse dentro de las causas legales de cese del funcionario interino, que no se trató de una solución irracional o contraria a la legalidad ni que hubiera arbitrariedad alguna en el actuar de la Administración, en cuanto a la solicitud de indemnización derivada del cese solicitada por la actora con invocación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto de “Diego Porras”) rechaza dicha pretensión por cuanto que considera que la citada sentencia hace referencia a una situación distinta “a saber la de

una contratación dentro del ámbito laboral y, por ello, del derecho de trabajo”.

En la línea que sostiene esta Comisión Jurídica Asesora, contraria a la pretensión que postulan los solicitantes de la revisión de oficio, se muestra también la Sentencia de 29 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº1, de Orense, en la que se realiza un detallado examen de la sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y desestima la pretensión de la actora de que se le reconozca, por aplicación de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco, el mismo derecho indemnizatorio que el establecido para la extinción por causas objetivas de los contratos de los trabajadores fijos en el artículo 53.1.b del ET. La citada sentencia razona que la respuesta ha de ser negativa *«ante todo porque la cláusula 4º de la Directiva obliga a otorgar el mismo trato a los “trabajadores con un contrato de duración determinada” respecto de los “trabajadores fijos comparables”. Es decir, ha de compararse la situación del funcionario interino con la del funcionario de carrera; no con la del trabajador fijo en régimen laboral que nada tiene que ver con la relación funcional»* y añade *“entre ambos tipos de funcionario (interino y de carrera) no se produce discriminación, porque en ningún caso se prevé una indemnización por la extinción de la relación funcional (más allá de la prestación por desempleo o jubilación, que ambos podrán disfrutar)”*.

No obstante la existencia de esos pronunciamientos judiciales que avalan la tesis que sostenemos contraria a la defendida por los solicitantes de la revisión de oficio, no pueden desconocerse otros pronunciamientos judiciales como el de la Sentencia de 30 de junio de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº2, de A Coruña, que ha venido a introducir un criterio novedoso en relación con la línea jurisprudencial anterior y también contraria a la doctrina comunitaria antes expuesta en el asunto C-16/15 (“Pérez López”) que como hemos dicho admite una posible diferencia de trato entre determinadas

categorías de personal con contratos de duración determinada *“que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcional o laboral”*. La sentencia de referencia por el contrario afirma que *“es llano que aparece una manifiesta discriminación entre el empleado temporal laboral en la Administración Pública al que se reconoce una indemnización por cese o finalización de la relación laboral, derecho que nace de la igualdad entre las relaciones de empleo en el sector público de naturaleza temporal y las fijas justamente en aplicación de la Directiva y doctrina del TJUE que nos ocupa, y el funcionario interino al que se niega idéntica indemnización en razón exclusivamente de su condición de funcionario interino para ello conviene recordar ahora que en el ámbito de las relaciones de empleo público la doctrina del TJUE ya ha reconocido la igualdad de trato en relación con el derecho a la indemnización por extinción de la relación”*. La sentencia después de subrayar que la Administración ni siquiera razona cuales pudieran ser los criterios objetivos y concretos en los que pudiera ampararse la discriminación entre el empleo público temporal laboral y el empleo público temporal funcional, acaba reconociendo al funcionario interino el derecho al abono de una indemnización de 20 días por año trabajado.

En la misma línea la Sentencia de 8 de noviembre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº5, de Bilbao, que también reconoce una indemnización de 20 días por año trabajado por el cese de funcionario interino que había sido nombrado para ocupar una plaza de peón hasta que la misma fuera ocupada definitivamente.

No cabe duda que nos hallamos ante un problema complejo como recoge la precitada Sentencia de 29 de septiembre de 2017, pues a la existencia de esos pronunciamientos judiciales dispares debe sumarse que, como recoge la referida sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo no ha emitido jurisprudencia al respecto (habiendo admitido a trámite varios recursos de casación cuyo

objeto es el de determinar si procede aplicar analógicamente las medidas adoptadas por la jurisprudencia del orden social y si el afectado por la utilización abusiva de nombramientos temporales tiene o no derecho a indemnización).

También el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) mediante Auto de 25 de octubre de 2017 ha planteado una nueva cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que clarifique las sentencias de 14 de septiembre de 2016 sobre las consecuencias indemnizatorias de la finalización de contrato de interinidad, que se viene a sumar a otras cuestiones prejudiciales como la planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, lo que pone de manifiesto que no estamos ante una cuestión definitivamente zanjada ni en el ámbito nacional ni en el comunitario. Así se puso de manifiesto por el Grupo de Expertos constituido, a instancia del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, los sindicatos y representantes de los empresarios, para analizar el alcance de las sentencias comunitarias de 14 de septiembre de 2016 en cuyo informe provisional de 10 de febrero de 2017 considera que de la sentencia se desprende un panorama de indefinición y que *“no ha dado una respuesta suficientemente precisa y segura al tema debatido”*.

SEXTA.- Tampoco puede entenderse aplicable en este caso la doctrina de la Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 que aborda los asuntos acumulados C- 184/15 (*“Martínez Andrés”*) y C-197/15 (*“Castrejana López”*) pues en ella se trata del abuso en la contratación temporal con infracción de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco al que se refiere la Directiva 1999/70/CEE que impone límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, en cuanto que puede generar abusos en perjuicio de los trabajadores, lo que no concurre en el caso que nos ocupa.

Para centrar la cuestión conviene recordar que en el asunto C-184/15 la Sra. Martínez Andrés fue nombrada personal estatutario temporal eventual en la categoría de auxiliar administrativo para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria. Este nombramiento fue objeto de trece prórrogas por “*necesidades de servicio*”. Al ser cesada interpuso recurso contencioso que fue desestimado por Sentencia de 30 de julio de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de Bilbao, recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

En el asunto C-197/15 el Sr. Castrejana López prestó sus servicios en el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz como arquitecto durante un largo período de tiempo, desde 1995 a 2012, primero en virtud de un contrato laboral y posteriormente como funcionario interino. También interpuso recurso contencioso-administrativo contra su cese, que fue desestimado por Sentencia de 23 de septiembre de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº1 de Vitoria-Gasteiz, recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

En esos casos, cuando el citado Tribunal Superior de Justicia del País Vasco decide plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea parte de la consideración de que en ambos asuntos se ha producido una utilización abusiva de la contratación de duración determinada.

Sin embargo en el caso de los solicitantes de la revisión de oficio no estamos ante un “*abuso*” de la contratación laboral por la Universidad que designó como funcionarios interinos a los solicitantes, los cuales sabían que su nombramiento tendría carácter indefinido salvo que concurriese alguna de las causas de pérdida de la condición de funcionario o si desapareciese la causa que motivó su nombramiento.

Este último supuesto fue el que alegó la Universidad para amortizar las plazas que ocupaban, supuesto que se discute por los solicitantes cuyas pretensiones en este sentido ya fueron rechazadas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

SÉPTIMA.- Por último tampoco puede admitirse lo indicado en la solicitud respecto a que la ausencia de estudios económicos relativos a la decisión de amortizar las plazas de funcionario conlleve la nulidad de pleno derecho, se entiende que por invocación del artículo 47.1 e) de la LPAC.

Los solicitantes no llegan a identificar qué norma exigía tal estudio y la causa de nulidad citada exige que se haya omitido globalmente el procedimiento o que se haya prescindido de trámites configurados en la normativa de aplicación como imperativos e inexcusables (dictámenes 21/08, de 22 de octubre, 86/08, de 12 de noviembre y 334/14, de 30 de julio, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid).

Por ello no puede entenderse que la inexistencia de un informe cuya exigencia no venía impuesta por normativa alguna determine la nulidad de pleno derecho por medio de una revisión de oficio que es un procedimiento a interpretar restrictivamente tal y como se ha expuesto.

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

CONCLUSIÓN

No procede la revisión de oficio de los actos de la Universidad Politécnica de Madrid solicitada por los interesados.

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 23 de noviembre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 470/17

Excmo. y Magfco. Sr. Rector de la Universidad Politécnica de Madrid

C/ Ramiro de Maeztu, nº 7 - 28040 Madrid