

Dictamen nº: **485/17**

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, sobre la consulta formulada por el Rector de la Universidad Politécnica de Madrid, a través del consejero de Educación, Juventud y Deporte, al amparo del artículo 5.3.f) b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña. ...., D. ...., Dña. ...., Dña. .... y Dña. .... (en adelante, “*los solicitantes*”), sobre revisión de oficio del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Politécnica de Madrid de 9 de marzo de 2013 que conllevó el cese sin indemnización de los solicitantes.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 22 de agosto de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de consulta del rector de la Universidad Politécnica de Madrid, formulada a través del consejero de Educación, Juventud y Deporte, sobre la revisión de oficio instada por los solicitantes del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Politécnica de Madrid de 9 de marzo de 2013.

La revisión de oficio se presentó por los solicitantes, representados por abogado colegiado con poder al efecto, en el registro del Rectorado de la Universidad Politécnica de Madrid el 2 de marzo de 2017 considerando que el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad de 9 de marzo del 2013 era nulo de pleno de derecho.

En la solicitud exponen que dicho Acuerdo conllevó la amortización de 301 puestos de trabajo de personal interino, tanto funcionario como laboral, del personal de administración y servicios (PAS).

Según la reclamación, la relación de puestos de trabajo permite comprobar que las funciones que desempeñan funcionarios interinos, como era el caso de los solicitantes, eran las mismas o muy similares que las de personal laboral habiendo accedido en ambos casos mediante pruebas (concurso o superación de algún ejercicio de una oposición) que permitían cumplir lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución Española. Afirman, además, que la decisión se tomó sin ningún estudio sobre su afectación al servicio educativo, siendo una decisión “*exclusivamente cuantitativa y monetarista*”.

Los solicitantes exponen las tareas que realizaban y afirman que las mismas eran similares a las del personal laboral.

Consideran que el Acuerdo no recogía los criterios que debían aplicarse en la elección de los puestos a amortizar, máxime cuando se excluyó de la amortización a ciertos colectivos de personal, precisando acudir a la vía judicial para conocer tales razones sin que se tratase de la desaparición de las necesidades del servicio ya que determinados servicios quedaron infradotados de personal, tal y como reconocía el propio Acuerdo.

Destacan que 37 funcionarios interinos (entre los que se encontraban los solicitantes) y un sindicato interpusieron recurso contencioso administrativo. Asimismo dos sindicatos promovieron

demandas de conflicto colectivo en relación con los ceses del personal laboral.

Esta última fue estimada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 24 de junio de 2014 (recurso 217/2013). Según los solicitantes dicha sentencia estableció que la amortización de plazas de personal laboral temporal en la Administración requería las mismas garantías que el despido por causas objetivas debiendo indemnizar ese daño.

Consideran que a raíz de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Reforma del Mercado Laboral, la igualdad entre personal temporal funcionario y laboral se quiebra ya que se reconocen a los laborales una serie de garantías legales que no se reconocen a los funcionarios.

En la ejecución de la sentencia hubo otra discriminación ya que se ofreció al personal laboral una indemnización amistosa de 45 días de salario por año trabajado y a los que no aceptaron se les abonaron los 20 días que establece la legislación laboral.

Frente a esta indemnización se interpuso demanda por unos sindicatos siendo estimada por sentencia de 12 de junio de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid frente a la que se interpuso recurso de casación.

Por el contrario el recurso contencioso interpuesto por los funcionarios interinos fue desestimado por sentencia de 4 de abril de 2014 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 29 de Madrid (P.A. 201/2013), sentencia que los solicitantes critican y que consideran supone una nueva discriminación sin que se diese respuesta a todas sus pretensiones.

Interpuesto recurso de apelación fue desestimado por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de octubre de 2015 (recurso 776/2015) que es igualmente objeto de crítica por los solicitantes.

Consideran los solicitantes que procede admitir a trámite la solicitud de revisión pese a que se encuentre resuelto el recurso contencioso administrativo y realizan una exposición de la seguridad en el empleo en el marco del derecho de la Unión Europea.

En concreto, citan diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2016.

A partir de esa jurisprudencia consideran que ha existido fraude de ley como consecuencia del mantenimiento de los solicitantes en unos puestos de trabajo en los que fueron nombradas por razones de necesidad y urgencia sin que se convocaran los procedimientos selectivos para proveerlas legalmente.

Además su cese solo podía producirse conforme el artículo 10 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP) por la desaparición de la causa que dio lugar a su nombramiento, siendo así una potestad reglada citando en tal sentido diversas sentencias.

Entienden que ha existido una vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad del artículo 14 de la Constitución Española y de acceso a las funciones y cargos públicos del artículo 23 al existir una diferencia de trato irrazonable entre: 1) los funcionarios interinos cesados y los 56 funcionarios interinos (sic); 2) con los miembros del PAS laborales que fueron cesados; 3) por aplicar un criterio de antigüedad equivocado; 4) por no ser indemnizados cuando se les expropiaba un derecho *contra legem* en contra de su confianza legítima.

Considera irrazonable la utilización de un criterio de siete años de antigüedad para proceder al cese de los funcionarios interinos, criticando la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo con algunos ejemplos bastante desafortunados.

Consideran, en suma que existió una vulneración de los citados derechos y una infracción de lo establecido en la normativa de función pública al proceder al cese en función de la antigüedad sin un estudio de las necesidades de personal.

Por ello consideran que la amortización de las plazas de los solicitantes debe ser declarada “*no ajustada a derecho*” al vulnerarse los derechos fundamentales a la igualdad y al mantenimiento de la función pública.

Subsidiariamente (sic) solicitan que los solicitantes sean llamados con preferencia cuando se provean nuevas vacantes interinas de auxiliares administrativos.

En todo caso solicitan una indemnización de 45/20 (sic) días por año de servicios prestados en los mismos términos que el personal laboral.

Aportan con la reclamación escrituras de poder general para pleitos y diversa documentación.

**SEGUNDO.-** Con fechas 29 de junio y 5 de julio de 2017 el Consejo de Gobierno de la Universidad Politécnica de Madrid acuerda el inicio y tramitación del procedimiento de revisión de oficio conforme el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y la delegación de las competencias de tramitación en el Rector para su posterior elevación al Consejo Social.

El 30 de junio de 2017 se adopta el mismo acuerdo por el Consejo Social de la Universidad.

Con fecha 10 de julio el Consejo de Gobierno de la Universidad inicia el procedimiento y concede a los interesados quince días para formular alegaciones y solicita informe a la Gerencia de la Universidad así como el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora.

Con fecha 14 de julio de 2017 emite informe el Gerente de la Universidad Politécnica.

Tras exponer las causas económicas y organizativas que llevaron a la Universidad a adoptar el acuerdo de amortizar plazas de personal funcionario y laboral, rechaza que existiera discriminación alguna puesto que se adoptó un criterio objetivo como era la menor antigüedad y cuya legalidad ha sido confirmada por diversas sentencias de Juzgados de lo Contencioso Administrativo.

Tampoco existe discriminación respecto del personal contratado a cargo de proyectos de investigación puesto que se trata de un personal con diferente régimen jurídico, en concreto, el contrato laboral de obra o servicio previsto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores financiados no por los presupuestos de la Universidad sino por terceros ajenos.

Lo mismo sucede respecto de las indemnizaciones percibidas por el personal laboral temporal que fue cesado puesto que el personal laboral se rige por una normativa distinta habida cuenta de la diferente naturaleza jurídica que les vincula con la Universidad respecto de la que ostenta el personal funcionario.

La Universidad consideró que la desaparición de plazas previa amortización y modificación de la relación de puestos de trabajo era

causa de cese al entender que existía un excedente de funcionarios interinos y por tanto no existir la causa que motivó su nombramiento.

Cita diversa jurisprudencia que considera conforme a derecho el amortizar plazas de funcionarios interinos en función de su antigüedad. Igualmente recoge diversas sentencias de Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Madrid que establecen que no existe discriminación de los funcionarios interinos respecto de los de carrera o del personal laboral.

Destaca que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 atribuye al juez nacional la decisión de sancionar los abusos que se hayan podido cometer y, en este caso, los tribunales de justicia declararon la legalidad de la actuación de la Administración.

Considera que el término de comparación con el funcionario interino es el de carrera y estos no tienen derecho a indemnización por su cese.

Por todo ello considera que no concurre causa de revisión de oficio.

Con fecha 20 de julio de 2017 una persona en nombre de los solicitantes toma vista del expediente.

El 31 de julio de 2017 el abogado de los solicitantes presenta escrito de alegaciones.

Considera que el expediente está incompleto por cuanto falta determinada documentación relacionada con los puestos de trabajo de los solicitantes.

Se ratifica en su solicitud de revisión de oficio invocando expresamente la sentencia de 30 de junio de 2017 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de La Coruña.

Con fecha 2 de agosto de 2017 la directora del Gabinete de Asesoría Jurídica realiza un resumen de actuaciones en el que rechaza las alegaciones de los solicitantes entendiendo: 1º Que existe excepción de cosa juzgada; 2º Que ha transcurrido el plazo de caducidad establecido en la legislación laboral para las acciones de despido; 3º Que no existe ninguna discriminación respecto de los solicitantes puesto que el término de comparación es el de los funcionarios de carrera que no ostentan ningún derecho de indemnización al terminar su relación de servicios; 4º No existe ningún derecho de los solicitantes de readmisión ni de indemnización.

Con esa misma fecha se concede derecho de audiencia a los solicitantes al haberse incorporado nueva documentación al expediente.

El 27 de julio de 2017, el rector de la Universidad Politécnica propone que, sobre la base de los hechos y fundamentaciones recogidos en el informe del gerente de la Universidad que se adjunta como anexo, se desestime la solicitud de revisión de oficio al no concurrir ninguna de las causas de nulidad del artículo 47 de la LPAC y carecer manifiestamente de fundamento así como solicitar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora.

Con fecha 19 de septiembre tuvo entrada en el registro de la Comisión un escrito del rector de la Universidad Politécnica al que se adjuntan escritos del abogado de los solicitantes de fechas 24 de agosto y de 4 de agosto de 2017 en el que recogen quejas sobre la notificación del trámite de audiencia por burofax y se reitera sobre el fondo de la solicitud en lo señalado en sus anteriores escritos.

**TERCERO.-** El 17 de agosto de 2017 el rector de la Universidad Politécnica solicita a través del consejero de Educación, Juventud y Deporte, el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora en el expediente de revisión de oficio del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Politécnica de Madrid de 9 de marzo de 2013 que conllevó el cese sin indemnización de los solicitantes, teniendo entrada en esta Comisión el día 23 de agosto de 2017.

Con fecha 29 de septiembre de 2017 se solicita que se complete el expediente con la remisión del anexo al que se remitía la propuesta de resolución, documentación que tiene entrada en esta Comisión el 25 de octubre.

El 7 de noviembre de 2017 se vuelve a remitir la citada documentación.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

## **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f) b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre y a solicitud del rector de la Universidad Politécnica de Madrid cursada a través del consejero de Educación, Juventud y Deporte, conforme establece el artículo 18.3.c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, 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.

Procede la revisión, de conformidad con el artículo 106.1 de la LPAC que establece la posibilidad que las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Para ello será necesario que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de nulidad de pleno derecho y, desde el punto de vista del procedimiento, que se haya recabado dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, y que éste tenga sentido favorable.

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

**SEGUNDA.-** La revisión de oficio se contempla en la actualidad en los artículos 106 a 110 y concordantes de la LPAC, que regulan la revisión de los actos de la Administración en vía administrativa. Al tratarse de una solicitud de revisión de oficio a instancia de parte, el transcurso del plazo para resolver tan solo determina que los solicitantes puedan entender desestimada su solicitud por silencio administrativo conforme el artículo 106.5 de la LPAC pero no exime a la Administración de resolver.

**TERCERA.-** En lo que respecta a la potestad de revisión de oficio esta Comisión viene recordando reiteradamente que se trata de una potestad exorbitante de la Administración para dejar sin efectos sus actos al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva y sólo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a

revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

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

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

Para la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de julio de 2016 (recurso 319/2016) se trata de un medio extraordinario de revisión que debe ser interpretado de forma restrictiva. La misma Sala, en la sentencia de 21 de julio de 2017 (recurso 1270/2016), recuerda que la revisión ha de tener un carácter excepcional.

**CUARTA.-** La solicitud de revisión llama la atención por cuanto no llega a concretar cuáles son las concretas causas de nulidad que invoca, sino que se limita a una constante argumentación en torno a la existencia de discriminación en la amortización de las plazas de los

solicitantes y, en menor medida, a que la decisión de amortizar se tomó sin un estudio económico previo.

En primer lugar, ha de destacarse que la solicitud de revisión de oficio se refiere a una actuación administrativa que ha sido objeto de recurso contencioso administrativo, siendo desestimado por sentencias tanto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 29 de Madrid como de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

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. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (recurso 269/2014) afirma que:

*"La doctrina sentada por esta Sala (entre las más recientes, sentencia de 7 de febrero de 2013 -recurso núm. 563/2010), configura dicho procedimiento como un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva. Como tal, se trata de un cauce subsidiario de los otros instrumentos procedimentales ordinarios de impugnación de actos administrativos; de modo que, conforme a la indicada doctrina, 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."*

Esta doctrina jurisprudencial es continua en el tiempo como lo demuestran las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2003

(recurso 7913/2000), 17 de diciembre de 2007 (recurso 183/2004) y 28 de enero de 2014 (recurso 553/2012).

De igual forma lo ha entendido el Consejo de Estado, por ejemplo en el Dictamen 334/2017, de 18 de mayo de 2017.

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*”.

Por otra parte la sentencia alude a una línea jurisprudencial específica relativa a pensiones solicitadas por miembros saharauis de las Fuerzas Armadas españolas que consideramos que no es de aplicación al supuesto contemplado en este Dictamen.

Es más, la lectura de la solicitud de revisión permite comprobar que llega a afirmar que la discriminación (se entiende que motivo de nulidad que se alega al amparo de los artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y 47.1 a) de la LPAC se llega a cometer, no solo por la Administración sino por la propia sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, con lo cual la solicitud de revisión no solo cuestiona la legalidad de actos administrativos sino también una resolución jurisdiccional a la que achaca haber vulnerado el derecho fundamental de igualdad de los solicitantes respecto de otros empleados

públicos. Es evidente que tal pretensión choca con lo dispuesto en los artículos 117.3 y 118 de la Constitución Española.

Por todo ello ha de concluirse que la solicitud de revisión de oficio no procede toda vez que la misma pretende alterar lo establecido en sentencias judiciales firmes.

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

La solicitud de revisión, de una forma un tanto confusa, viene a aludir que existe una discriminación de los solicitantes respecto de personas que ocupaban plazas de personal laboral temporal en la Universidad Politécnica que también fueron amortizadas y que previo recurso ante la jurisdicción social les fue reconocida una indemnización de veinte días de salario por año trabajado.

A tal efecto cita la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias de 14 de septiembre de 2016 asuntos Diego Porras (C-184/15), Pérez López (C-16/15) y Martínez Andrés y Castrejana López (C-197/15).

Sin embargo, la jurisprudencia contencioso administrativa tampoco se ha mostrado favorable a aplicar la doctrina de las citadas sentencias (relativas a personal laboral y estatutario) al ámbito de los funcionarios interinos.

Así cabe citar la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Barcelona de 25 de mayo de 2017 (recurso 100/2017) que considera que la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo no es aplicable a los funcionarios interinos puesto que se refiere a relaciones de carácter laboral. En términos similares la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 13 de

Barcelona de 8 de junio de 2017 (recurso 136/2017) relativa al personal estatutario.

También se ha mostrado reacia a una aplicación extensiva de esa doctrina la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 7 de octubre de 2016 (recurso 82/2016) al indicar que:

*“El Tribunal de la Unión Europea no realiza objeciones a la normativa interna, sino a la aplicación abusiva que pueda hacerse de ella. La propia normativa interna establece una serie de limitaciones y condiciones para impedir el abuso en la contratación temporal, por lo que la correcta invocación y aplicación de dicha normativa impediría la perpetuación del abuso.*

*Por último se considera que el Tribunal de la Unión Europea no está recomendando la aplicación en estos casos de la figura del trabajador indefinido no fijo, sino contestando a una concreta pregunta, a saber, si asimilar al trabajador indefinido la situación de aquellos trabajadores estatutarios eventuales abusivamente prorrogados podría ser una medida apta. Por lo tanto, su respuesta solo puede entenderse como afirmativa para el caso de que tal figura pudiera ser aplicable, lo que no parece posible en ámbito de las relaciones estatutarias. En primer lugar y fundamentalmente al ser una figura existente exclusivamente en el ámbito laboral, no siendo de aplicación al personal estatutario (artículo 20 del Estatuto Marco) y en segundo lugar porque lo que el actor solicita es una declaración de interinidad, no de fijeza indefinida. Por ello la solución de origen jurisprudencial referida al personal fijo indefinido resulta inaplicable, salvo claro está que se demostrase no ya la existencia de un fraude en la duración del contrato sino también de su propia naturaleza estatutaria, y se declarase la existencia de un vínculo laboral, pronunciamiento que no ha sido solicitado.”*

De igual forma, la sentencia de 29 de septiembre de 2017 (P.A. 94/2017) del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Ourense considera que ha de partirse de las diferencias entre el empleo privado y el público en el que, para acceder, ha de superarse un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de publicidad, libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad, de tal forma que, mientras que en el ámbito privado la contratación temporal perjudica al trabajador, en el ámbito público el mantenimiento de esa temporalidad le beneficia.

No obstante sí ha reconocido una indemnización la sentencia de 8 de noviembre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Bilbao (P.A 78/2017).

De esta forma, la cuestión que plantea la solicitud de revisión de oficio es la comparación de la situación de los funcionarios interinos con el personal laboral temporal, comparación que ya rechazó el Tribunal Superior de Justicia en su sentencia de 30 de octubre de 2015 relativa precisamente a los propios solicitantes y que incide más en lo anteriormente expuesto en cuanto a la inadecuación de la vía de la revisión de oficio como fórmula de revisar lo decidido en sentencias firmes.

Esta Comisión ya expresó su punto de vista respecto a esta jurisprudencia europea en el Dictamen 259/17, de 22 de junio, relativo a una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por un funcionario interino, destacando la existencia de jurisprudencia contraria al reconocimiento de tal indemnización.

Además, el propio Tribunal de Justicia de la Unión en la sentencia Diego Porras señaló que el Acuerdo Marco no permite la comparación entre contratos temporales entre sí (apartados 37 y 38):

“37. A este respecto, es necesario precisar que el principio de no discriminación se ha aplicado y concretado mediante el Acuerdo marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable (autos de 11 de noviembre de 2010, Vino, C-20/10, no publicado, EU:C:2010:677, apartado 56; de 22 de junio de 2011, Vino, C-161/11, no publicado, EU:C:2011:420, apartado 28, y de 7 de marzo de 2013, Rivas Montes, C-178/12, no publicado, EU:C:2013:150, apartado 43).”

38. En cambio, las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada, como la que menciona el tribunal remitente en la cuarta cuestión prejudicial, no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco (auto de 11 de noviembre de 2010, Vino, C-20/10, no publicado, EU:C:2010:677, apartado 57).”

En realidad, el término de comparación más adecuado respecto de la situación de los solicitantes es el de la relación jurídica de los funcionarios de carrera [criterio acogido en nuestro Dictamen 259/17 y en las sentencias del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Santiago de Compostela (recurso 152/2017) y de la ya citada del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Ourense] y en este caso no hay discriminación alguna puesto que la normativa de función pública no contempla ninguna indemnización para los funcionarios de carrera en caso de extinción de su relación de servicio.

A ello ha de sumarse el que la doctrina contenida en la sentencia “*Diego Porras*” ha generado una gran incertidumbre al entenderse que no ha analizado de forma correcta el derecho laboral español por lo que

se han planteado nuevas cuestiones prejudiciales para que el Tribunal Europeo aclare su doctrina.

**SEXTA.-** Tampoco puede entenderse aplicable la doctrina de la sentencia “*Martínez Andrés y Castrejana López*” puesto que la misma se centra en la cláusula 5<sup>a</sup> del Acuerdo Marco al que se refiere la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999.

Según dicha cláusula:

“1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán «sucesivos»; b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.”

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.

Tampoco existe ninguna “*utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada*” puesto que existió un único nombramiento y no existe ningún elemento que permita entender que la Universidad trató de eludir ninguna normativa al efectuar el nombramiento de estos interinos o actuó abusando de las facultades que le concedía la legislación de función pública.

Así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 14 de diciembre de 2016 C-6/15 Pérez López alude constantemente a la renovación de relaciones temporales como forma de abuso, destacando *que:*

“*En cambio, no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo (véase, por analogía, la sentencia de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, EU:C:2014:146, apartado 58)*”.

En este caso no estamos ante una renovación de contratos o nombramientos con una duración determinada *ex ante* sino ante un nombramiento como funcionarios interinos con carácter temporal indefinido si bien cesarían cuando se produjese determinadas circunstancias tipificadas en la legislación. De esta forma no se aprecia

ninguna utilización abusiva de la normativa de funcionarios interinos por la Universidad Politécnica.

Así, por ejemplo, en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Bilbao se trata de un trabajador al que se le contrataba como personal laboral eventual durante cinco años y posteriormente sin solución de continuidad como personal funcionario interino.

En nuestro Dictamen 259/17 citábamos, *obiter dicta*, dos sentencias que estimaban las pretensiones de los funcionarios interinos si bien ninguna de las dos permite acoger la nulidad pretendida por los solicitantes.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1 de febrero de 2017 (recurso 320/2016) se recoge un supuesto diferente del objeto de este Dictamen puesto que se trataba del cese de una funcionaria interina que trabajó para un Ayuntamiento con tres vínculos diferentes (contrato laboral, personal eventual y funcionaria interina). En esta última modalidad fue nombrada para el desarrollo de un programa de carácter temporal, programa que fue objeto de múltiples prórrogas con el cese final sin que se amortizase la plaza.

A partir de estos datos la Sala considera que ha existido fraude de ley y confirma la sentencia de instancia en la que se afirmaba que la Administración había incurrido en desviación de poder y que consideraba que la interina debía permanecer en la plaza de funcionaria hasta que se cubriese por personal de carrera o se amortizase dicha plaza, que es justamente lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa.

Lo mismo ocurre en la sentencia de 12 de diciembre de 2016 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (recurso 735/20139) en la que se enjuiciaba el caso de una trabajadora que había encadenado sucesivos nombramientos durante dieciocho años. En este caso la Sala

declara el derecho de la recurrente a permanecer en su puesto hasta que se cubra reglamentariamente o se amortice. Es cierto que en este caso declara, (*obiter dicta*) y con una cierta extralimitación, la sentencia declara que en ese caso deberá indemnizarse en los términos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante, aparte de que los supuestos fácticos de esta sentencia no son idénticos a los de esta revisión (se trataba de una concatenación de contratos de servicios), nos remitimos a lo expuesto en cuanto a que el término de comparación han de ser los funcionarios de carrera.

**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 62.1 e) de la LRJ-PAC, actual artículo 47.1 e) 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. Además tal cuestión debía haberse planteado en el recurso contencioso administrativo no de forma extemporánea cuatro años después.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

No procede la declaración de nulidad del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Politécnica de Madrid de 9 de marzo de 2013.

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 485/17

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

C/ Ramiro de Maeztu, nº 7 - 28040 Madrid