

Dictamen n^o: **246/09**
Consulta: **Alcalde de Casarrubuelos**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **06.05.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 6 de mayo de 2009, sobre solicitud formulada por el Alcalde del Ayuntamiento de Casarrubuelos, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f) 2^o de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre revisión de oficio de Decreto n^o 21/02/2009 del Alcalde, por el que se procede al nombramiento como funcionarios en prácticas de tres policías municipales BESCAM, entre otros de R.C.H., instada por O.U.P.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El pasado día 18 de marzo de 2009 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, solicitud de dictamen preceptivo cursada mediante escrito del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior de fecha 24 de marzo, a raíz de la consulta formulada por el Alcalde de Casarrubuelos, en el asunto referido en el encabezamiento.

Admitida a trámite dicha solicitud en la misma fecha, se le procedió a dar entrada con el n^o 184/09, comenzando ese día el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo (aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno).

La ponencia ha correspondido a la Sección VII, cuyo Presidente, el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada, por unanimidad, por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, reunida en sesión ordinaria el día 6 de mayo de 2009.

SEGUNDO.- De los antecedentes remitidos por el Ayuntamiento de Casarrubuelos, que se consideran suficientes para la emisión del dictamen, resultan de interés los siguientes hechos:

1.- En el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 27 de junio de 2008, se publican las Bases Específicas de convocatoria para proveer, mediante acceso libre, cuatro plazas de policía local del Ayuntamiento de Casarrubuelos. Las Bases que rigen el proceso selectivo son las aprobadas por Orden 1148/1997, de 24 de septiembre, del Consejero de Presidencia, publicadas en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 22 de octubre de 1997. En la Base segunda, 2.1.b) se exige, entre los requisitos de los aspirantes, el de *“Haber cumplido los veintiún años y no superar los treinta antes de la fecha en que termine el plazo de presentación de instancias... “*.

2.- A dicho procedimiento selectivo concurre, mediante instancia presentada el 5 de agosto de 2008, R.C.H., quien declara cumplir todas y cada una de las condiciones exigidas en la segunda de las Bases Generales.

3.- Mediante Decreto del Alcalde de 6 de septiembre de 2008, se aprueban las listas definitivas de admitidos y excluidos para proveer las cuatro plazas de policía local. Entre los admitidos, figuran R.C.H. y O.U.P. Dicho Decreto se publica en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 10 de septiembre de 2008.

4.- Tras las calificaciones emitidas por el Tribunal Calificador del proceso selectivo respecto de la prueba en que consistía el tercer ejercicio, en sesión celebrada el 14 de noviembre de 2008, y después de resolverse en sesión de 12 de diciembre siguiente, las impugnaciones a dichas calificaciones, mediante Decreto n° 21/02/2009 del Alcalde de Casarrubuelos, se resuelve definitivamente el proceso selectivo, y se procede al nombramiento como funcionarios en prácticas de tres policías locales BESCAM; entre ellos, de R.C.H.

5.- Mediante escrito registrado en el Ayuntamiento el 13 de febrero de 2009, O.U.P. solicita la rectificación del Decreto anterior, respecto del nombramiento de R.C.H. como funcionario en prácticas, denunciando el incumplimiento por éste de la condición exigida en la Base segunda, 2.1.b) de la convocatoria, por superar la edad máxima exigida en el momento en que finalizó el plazo para la presentación de instancias, y considerando que el acto de nombramiento por este motivo es nulo de pleno derecho.

6.- Mediante informe de la Secretaría del Ayuntamiento de 25 de febrero de 2009, a raíz del escrito presentado por O.U.P., se concluye que el Decreto del Alcalde de 11 de febrero de 2009 está incurso en causa de nulidad de pleno derecho, por vulneración de las bases que rigen la convocatoria, considerando que el procedimiento para dicha declaración de nulidad es el contemplado en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), en relación con el artículo 62.1.f) de la misma Ley, en cuanto que sanciona con nulidad de pleno derecho *“los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquirieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”*. Se afirma que la nulidad se extiende a todos los actos posteriores a la aprobación de la lista de

admitidos. En dicho informe se apunta a que deberá solicitarse dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

TERCERO.- A la vista de lo anterior, mediante Decreto del Alcalde n° 91/02/2009, de 25 de febrero de 2009, se adopta la decisión de solicitar del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid dictamen previo sobre la cuestión suscitada, relativa a la declaración de nulidad del Decreto del Alcalde de 4 de septiembre de 2008, por el que admite como aspirante al proceso selectivo a R.C.H. y del Decreto también del Alcalde de 11 de febrero de 2009, nombrándole funcionario en prácticas.

Esta resolución es notificada a ambos interesados en el procedimiento, R.C.H. y O.U.P.

Mediante escrito presentado el 25 de marzo de 2009, R.C.H. interpone recurso de reposición frente al Decreto n° 91/02/2009 del Alcalde, solicitando dictamen del Consejo Consultivo. En dicho recurso, argumenta, en síntesis, lo siguiente:

1° Que en el escrito de O.U.P. no se invoca ninguna causa de nulidad de pleno derecho, de las citadas en el artículo 62.1 de la LRJAPPAC, por lo que, de considerarse que el Decreto del Alcalde de nombramiento de funcionarios en prácticas vulnera algún precepto legal, debería declararse la lesividad del mismo, y ulteriormente impugnarlo ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de conformidad con el artículo 103.1 de la misma Ley.

2° Que la Base segunda, 2.1.b), en lo tocante al establecimiento de una edad máxima a los aspirantes a las pruebas de acceso, está incurso en vicio de inconstitucionalidad, por vulneración del artículo 14 de la Constitución (principio de igualdad), y la jurisprudencia constitucional que lo interpreta.

CUARTO.- Mediante escrito de 27 de febrero de 2009, registrado de entrada el día 6 de marzo, O.U.P. desiste de la solicitud de revisión presentada y que ha dado origen al procedimiento, solicitando se deje sin efecto la misma. No consta que de esta petición se haya dado traslado a R.C.H.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1. letra f) 2º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y a solicitud del Alcalde de Casarrubuelos, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en virtud del artículo 14.3 de la citada Ley, en relación con el artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El Ayuntamiento de Casarrubuelos está legitimado para recabar dictamen del Consejo Consultivo, en virtud de lo dispuesto en el ya citado artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de creación del referido órgano consultivo autonómico, donde se establece que: *“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por (...) las entidades locales (...) sobre (...) 2. ° Revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes”*.

Por remisión, el artículo 102.1 de la LRJAP-PAC, establece que:

“Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1 “.

De este precepto se desprende que 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. La referencia que el artículo 102.1 de la LRJAP hace al Consejo de Estado *“u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma”*, debe entenderse hecha, a partir de su creación, y respecto de los expedientes de revisión de oficio que se instruyan por las entidades locales de la Comunidad de Madrid, al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, creado por la citada Ley 6/2007.

SEGUNDA.- En el caso que nos ocupa, la solicitud de rectificación del Decreto del Alcalde, por el que se procede al nombramiento de los funcionarios en prácticas de la Policía Local, se ha solicitado por uno de los aspirantes que ha resultado excluido del proceso selectivo, O.U.P., en el cual concurre la condición de interesado, en aplicación del artículo 31.1.a) de la LRJAP-PAC, que atribuye dicho carácter a *“Quienes promuevan (el procedimiento administrativo) como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos”*.

Como apuntan las Sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras, 101/1996, de junio, 12/2004, de 12 de julio, y 74/2005, de 4 de abril, la llamada *legitimatío ad causam* exige para su apreciación la concurrencia de un interés en sentido propio, cualificado o específico, y que, doctrinal y jurisprudencialmente, viene identificado en la obtención de un beneficio o en la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción

que se insta y que no necesariamente ha de revestir un contenido de naturaleza patrimonial.

También señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 1997 que el concepto de legitimación y su atribución a un sujeto determinado responden a una misma idea en la vía administrativa y en la vía contencioso-administrativa: la titularidad por parte del legitimado de un derecho o de un interés legítimo en que prospere su pretensión, como se desprende fundamentalmente del artículo 24.1 de la Constitución y se recoge en el artículo 31 de la LRJAP-PAC.

Aplicando esta interpretación amplia que viene realizando la jurisprudencia del concepto de legitimación en conexión con el de interés legítimo, es innegable que en O.U.P., promotor del procedimiento administrativo que nos ocupa, se da tal carácter de interesado, en cuanto que, dada su condición de aspirante excluido a las pruebas selectivas para cubrir las cuatro plazas de policía local, de prosperar su pretensión anulatoria del nombramiento de R.C.H., alberga legítimas aspiraciones a que la plaza que, en su caso, quede vacante, le pueda finalmente corresponder a él.

También se puede considerar interés legítimo el que todo concursante en un proceso selectivo tiene en que por parte de las autoridades y del Tribunal Calificador, se cumplan las bases, que constituyen la ley del concurso, y cuya observancia garantiza un trato igual a todos los candidatos.

Igualmente es interesado en este procedimiento, R.C.H., quien ha resultado adjudicatario de una de las plazas convocadas, y que puede ser a la postre removido de ella, de prosperar la acción emprendida por O.U.P. En efecto, el artículo 31.1.b) de la LRJAP-PAC atribuye, asimismo, tal

condición a *“Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte”*.

Pues bien, como en todo procedimiento administrativo, aunque no lo diga expresamente el artículo 102.1 de la LRJAP-PAC se impone, y más en un caso como éste -en que se revisa un acto declarativo de derechos- la audiencia de los interesados, trámite contemplado con carácter general en el artículo 105 c) de la Constitución Española, así como en el artículo 84 de la LRJAP-PAC, que obliga a que, instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, 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.

En el caso examinado, R.C.H. ha tenido ocasión de formular alegaciones frente a la solicitud de anulación del Decreto del Alcalde nombrándole funcionario en prácticas.

No consta, sin embargo, que se le haya dado traslado, con el mismo fin, del escrito de O.U.P. por el que desiste de la acción planteada, y así debería haberse hecho, en aras a no conculcar su derecho de defensa. Pues, si bien el desistimiento de O.U.P. puede poner fin al procedimiento en cuanto a este interesado, también el artículo 91.2 de la LRJAP-PAC prevé que cuando se hayan personado en el procedimiento terceros interesados, éstos podrán solicitar su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento. También el apartado 3 del mismo artículo, contempla que cuando la cuestión suscitada en el procedimiento *“entrañase interés general o fuese conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento”*. Tal puede ser el caso en que nos encontramos, al afectar la cuestión suscitada por O.U.P. a un proceso selectivo de acceso a la función pública.

En definitiva, es necesario que se dé traslado del escrito de desistimiento de O.U.P. a R.C.H., a efectos de que éste pueda formular alegaciones o, en su caso, instar la continuación del procedimiento, con el fin de defender la postura mantenida en su escrito inicial, según el cual la Base segunda, 2.1.b) de la convocatoria, podría estar viciada de inconstitucionalidad, y con ella también el artículo 34.b) de la Ley 4/1992, de 8 de julio, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid, que exige *“no superar los treinta años antes de la fecha en que termine el plazo de presentación de instancias o, en su caso, tener la edad comprendida entre el mínimo y el máximo fijado, bien en el Reglamento del Cuerpo, bien en la correspondiente convocatoria”*.

TERCERA.- Con carácter previo, antes de entrar a considerar el concreto vicio de nulidad de cuya revisión se trata, debemos detenernos en la naturaleza del acto a revisar, dado que sólo los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en tiempo y forma, podrán ser revisados de oficio (cfr. artículo 102.1 de la LRJAP-PAC).

En este caso, lo que se recurre es un Decreto de Alcaldía de 11 de febrero de 2009, por el que se nombran funcionarios en prácticas como policías locales BESCAM, respecto del cual O.U.P. presenta un escrito el 13 de febrero (dos días más tarde) -obrante al folio 7/1 del expediente administrativo- por el que, sin citar motivo alguno de nulidad de pleno derecho de los contemplados en el artículo 62.1 de la LRJAP-PAC, se limita a denunciar el incumplimiento en el seleccionado R.C.H. del requisito de la edad máxima establecido en el Base segunda, 2.1.b) de la convocatoria.

Si bien es cierto que, conforme al artículo 52.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, las resoluciones del Alcalde ponen fin a la vía administrativa, también lo es que, antes de haber hecho uso del

recurso extremo a la revisión de oficio contemplado en el artículo 102.1 de la LRJAP-PAC, deberían haberse agotado todos los medios de impugnación ordinaria que cabían contra el acto en cuestión, singularmente, el recurso potestativo de reposición ante la misma autoridad que lo hubiese dictado, a interponer en el plazo de un mes, conforme al artículo 116 de la LRJAP-PAC.

Como tiene dicho nuestro Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia de 19 de diciembre de 2001), “(...) *lo que diferencia a los recursos ordinarios de las llamadas acciones de nulidad es que en los primeros se puede denunciar cualquier clase de infracción del Ordenamiento Jurídico (tanto las determinantes de nulidad radical como de simple anulabilidad), mientras que en los segundos la cognición queda limitada a los vicios de nulidad concretamente alegados*”. Es decir, que en la reposición es posible invocar tanto vicios determinantes de la nulidad del acto, como de mera anulabilidad, mientras que en la revisión de oficio (también llamada acción de nulidad) sólo es posible denunciar causas de nulidad de pleno derecho de las relacionadas en el artículo 62.1 de la LRJAP-PAC.

Por tanto, lo que se debía haber hecho frente al escrito de O.U.P. denunciando la irregularidad advertida, es calificar dicho escrito como de recurso de reposición, dado que se presenta dentro del plazo del mes previsto para hacer uso de este medio de impugnación ordinario, en virtud del criterio antiformalista en la calificación de los escritos de los interesados.

Así resulta del artículo 110.2 de la LRJAP-PAC, según el cual “*El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter*”.

Interpretando el precepto transcrito, dice la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a) de 21 de febrero de 1995: *“Las resoluciones dictadas por el Pleno del Ayuntamiento ponen fin a la vía administrativa, tal como dice expresamente el artículo 52.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Por lo tanto, frente al Acuerdo plenario del 30 de octubre, que como tal ponía fin a la vía administrativa, sólo cabía recurso de reposición previo al contencioso-administrativo, tal como afirma el número 1 del mismo artículo. El escrito presentado por el interesado tenía sin duda alguna esta naturaleza de recurso de reposición, aunque el recurrente no le asignase tal nombre. Ninguna norma impone una especie de «editio actionis». Por el contrario, el sentido antiformalista del derecho administrativo obliga a atender fundamentalmente al contenido del acto para determinar su naturaleza, y resulta inequívoco que tiene naturaleza de recurso un escrito que expresamente pide que sea aceptado como tal y que, atendiendo a su petición, se «reconsiderere» el acto y se autorice lo que se había denegado. Además, el mismo Ayuntamiento lo admitió y estimó como tal recurso, por lo que no le es lícito venir ahora a negar esta naturaleza”.*

En suma, el Ayuntamiento de Casarrubuelos debió haber calificado como de recurso de reposición el escrito presentado por O.U.P. el 13 de febrero de 2009, impugnando el Decreto del Alcalde de nombramiento como funcionarios en prácticas de la Policía Local, no pudiendo tramitarse dicho escrito como de solicitud de revisión de oficio, al encontrarse el solicitante dentro de plazo para recurrir el acto por los medios de impugnación ordinarios.

Como colofón de todo lo anterior, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede la revisión de oficio del Decreto n° 21/02/2009 del Alcalde de Casarrubuelos, por el que se nombran funcionarios en prácticas a tres policías municipales BESCAM, entre otros, a R.C.H.

El presente dictamen es vinculante.

Madrid, 6 de mayo de 2009

