

Dictamen nº: **28/12**
Consulta: **Alcalde de San Agustín del Guadalix**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **18.01.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 18 enero de 2012, sobre expediente de revisión de oficio promovido por el Alcalde de San Agustín del Guadalix, del Decreto 195/2011 de la Alcaldía de 10 de marzo de 2011, por el que se convocaban nueve plazas de auxiliar administrativo a jornada completa y una a jornada parcial del grupo de clasificación C, subgrupo C2, subescala Auxiliar, escala de Administración General, a proveer mediante concurso oposición cuyas bases fueron publicadas en el B.O.C.M nº 58, de 10 de marzo de 2011, de la Resolución de Alcaldía de fecha 2 de octubre de 2009, por la que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2009 y del Acuerdo del Pleno, en sesión celebrada con fecha 17 de diciembre de 2009, aprobando la Oferta de Empleo Público para el año 2010.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, mediante oficio de 29 de noviembre de 2011, con registro de entrada el día 9 de diciembre siguiente, se da traslado por trámite ordinario a este Consejo Consultivo conforme lo dispuesto en el artículo de la Ley de la consulta formulada por el Alcalde de San Agustín del Guadalix, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excma. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y

aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 18 de enero de 2012.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación numerada y foliada.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

La Oferta de Empleo Público del Ayuntamiento de San Agustín del Guadalix para el año 2009 se aprobó por resolución de Alcaldía de 2 de octubre de 2009 (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid nº 248, de 19 de octubre de 2009), figurando en la misma seis plazas de auxiliares administrativos (personal laboral).

La Oferta de Empleo Público del Ayuntamiento de San Agustín del Guadalix para el año 2010, se aprobó por el Ayuntamiento Pleno en sesión celebrada con fecha 17 de diciembre (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid nº 186, de 5 de agosto de 2010), no figurando ninguna plaza, ni de personal laboral ni de personal funcionario para auxiliar administrativo.

Por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 28 de enero de 2011 (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid nº 38, de 15 de febrero de 2011), se acordó la funcionarización de determinadas plazas de personal laboral procediendo a modificar la plantilla, transformándose, por lo que aquí interesa, las 18 plazas de personal laboral auxiliar administrativo en personal funcionario auxiliar administrativo.

Mediante acuerdo del Pleno de 25 de febrero de 2011 (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid nº 63, de 16 de marzo de 2011), se modificó nuevamente la plantilla del Ayuntamiento creándose, entre otras, tres nuevas plazas de auxiliares administrativos a desempeñar por personal laboral (dos a tiempo completo y una a tiempo parcial). Con fecha 28 de marzo de 2011, el Alcalde advierte la existencia de errores en el anuncio

publicado en BOCM número 63/2011 del anterior acuerdo del Pleno de 25 de febrero de 2011, precisando que: “*Donde dice: “creándose las siguientes plazas de personal laboral”, debe decir: “creándose las siguientes plazas de personal funcionario”.*”

Después del proceso de funcionarización y su posterior modificación, la plantilla de personal del Ayuntamiento se halla integrada por 127 puestos, correspondiendo 121 a funcionarios de carrera, de los que 28 son auxiliares administrativos, hallándose ocupados 19 por funcionarios de carrera, 1 por funcionario interino y 9 vacantes (folio 91 expediente administrativo).

El Ayuntamiento de San Agustín del Guadalix convocó mediante el Decreto cuya revisión se pretende de 10 de marzo de 2011, un proceso selectivo de concurso oposición para la provisión de nueve plazas de auxiliar administrativo, personal funcionario Grupo C, subgrupo C2, escala Administración General, subescala Auxiliar.

En las bases publicadas en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid nº 58, de 10 de marzo de 2011, se convocaban nueve plazas a jornada completa y una a jornada parcial a cubrir mediante concurso-oposición.

En su virtud se constituyó el tribunal calificador de dichas pruebas y se desarrollaron tanto la fase de concurso como la prueba teórica y las dos prácticas previstas en la convocatoria.

La última prueba se realizó el 19 de julio de 2011 sin que conste que haya sido valorada por el Tribunal calificador.

Por Decreto de Alcaldía de fecha 27 de julio de 2011, se acordó solicitar informe a una asesoría jurídica externa del Ayuntamiento que fue emitido, considerando que procedía revisar de oficio el Decreto 195/2011 de convocatoria al haberse realizado sin el respaldo de la oferta de empleo público y de las ofertas de empleo público correspondientes a los años

2009 y 2010 por haber sido aprobadas sin la necesaria negociación con las organizaciones sindicales.

Por Acuerdo de la Alcaldía de 4 de agosto de 2011, se acordó suspender el proceso selectivo y proceder a la revisión de oficio.

Por Decreto del Alcalde número 707/2011 de 25 de agosto de 2011, se decide iniciar procedimiento de revisión de oficio con el siguiente tenor literal: “*Resuelvo: Primero.- Iniciar el procedimiento de revisión de oficio del Decreto nº 195 de fecha 10 de marzo de 2011, en virtud del cual se convocó el proceso selectivo para cubrir nueve plazas de Auxiliar Administrativo/a a jornada completa del Grupo de Clasificación C, Subgrupo C2, Subescala Auxiliar, Escala de Administración General, vacante de la plantilla de funcionarios/as del Ayuntamiento de San Agustín del Guadalix, cuyas bases fueron publicadas en el BOCM nº 58 de fecha 10 de marzo de 2011, estableciendo su provisión mediante el sistema de concurso-oposición, así como del Acuerdo del Pleno, en sesión celebrada con fecha 17 de diciembre de 2009, aprobando la Oferta de Empleo Público para el año 2010, de la Resolución de Alcaldía de fecha 2 de octubre de 2009, por la que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2009, por estar incursos en el supuesto de nulidad previsto en el Art. 62.1. a de la Ley 30/1002 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en relación con el Art. 91 de la Ley 7/1985 que establece que las Corporaciones Locales formarán públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal y que, la selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, del mismo modo con el Art. 37.1 del EBEP, que establece dentro de las materias objeto de la*

negociación colectiva la relativa a los criterios generales sobre ofertas de empleo público.”

A tal efecto se abrió un trámite de audiencia a los interesados, presentando varios de ellos escrito de alegaciones.

Por informe de la asesoría jurídica externa se procede a contestar las alegaciones presentadas, concluyendo que procede la revisión de oficio y la remisión del expediente al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f) 1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El dictamen se emite dentro del plazo legal establecido en el artículo 16 LRCC.

SEGUNDA.- El artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), establece que: “*Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del 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”.

Por lo que ahora interesa, 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 LRJ-PAC 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 los órganos de la Comunidad de Madrid o las entidades locales sitas en su territorio, al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

TERCERA.- En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, el art. 102 de la LRJ-PAC, anteriormente transcrita, no contempla un procedimiento específico a seguir para la sustanciación de los expedientes de declaración de nulidad, limitándose a señalar, como ha quedado visto, la preceptividad del dictamen previo favorable del órgano consultivo que corresponda. Por ello, han de entenderse de aplicación las normas generales recogidas en el Título VI del citado cuerpo legal, denominado “*De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos*”, con la singularidad de que el dictamen del órgano consultivo reviste carácter preceptivo y habilitante de la revisión pretendida y que el procedimiento, si es iniciado de oficio, puede incurrir en caducidad si la tramitación supera el plazo de tres meses, *ex artículo 102.5 de la LRJ-PAC*.

CUARTA.- Debe analizarse, antes de entrar en el fondo de la revisión planteada, si se han cumplido los requisitos procedimentales expuestos.

En primer lugar, por lo que respecta al órgano que ha de iniciar el procedimiento de revisión, la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), solo se pronuncia de forma expresa respecto de

los actos de naturaleza tributaria. Así, establece en su artículo 110 que la declaración de nulidad de pleno derecho y revisión de los actos en materia tributaria corresponde al Pleno de la Corporación. Esta previsión normativa junto con la contenida en el artículo 22.2 de la LBRL, que atribuye al Pleno la declaración de lesividad de los actos del Ayuntamiento, nos lleva a concluir que, en las Corporaciones Locales, el Pleno es el órgano competente para acordar la revisión de oficio de los actos emanados de las mismas, tanto por analogía con lo dispuesto para los actos de carácter tributario, ya que sería absurdo establecer un régimen distinto para el resto de actos de la Corporación, como por coherencia con lo indicado en la LBRL para la declaración de lesividad puesto que, siendo la revisión de oficio una potestad mucho más exorbitante que la declaración de lesividad previa a la impugnación ante la jurisdicción contenciosa, no tendría sentido reservar ésta al Pleno de la Corporación y atribuir la revisión al Alcalde.

Este es el criterio que ha sostenido este Consejo Consultivo en el Dictamen 180/09, como el Consejo de Estado, así dictámenes 613/2010, de 27 de mayo y 716/2011, de 26 de mayo, y la práctica totalidad de los Consejos Consultivos autonómicos, a título de ejemplo, Dictamen 144/2003, de 10 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen 1093/2005, de 19 de enero de 2006 del Consejo Consultivo de Castilla y León, entre otros.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha asumido este criterio en sentencias de 3 de junio de 1985 y 2 de febrero de 1987.

En tanto en el presente caso el acuerdo de incoación del procedimiento de oficio se ha realizado por el Alcalde, hemos de concluir que el acto ha emanado de un órgano incompetente, siendo éste el primer defecto de la tramitación realizada.

Por otro lado, no consta una propuesta de resolución en la que se recoja la fundamentación jurídica en la que la Corporación sustente su postura favorable a la nulidad radical del acto objeto del procedimiento de revisión.

Este Consejo en el Dictamen 209/08, de 10 de diciembre, ya señaló que “*Tampoco consta que se haya elaborado propuesta de resolución por lo que se desconoce exactamente cuál es el objeto del proceso de revisión de oficio. Resulta imposible tener certeza sobre tal extremo, toda vez que el expediente seguido no ha culminado, como era procedente, con la oportuna propuesta de resolución. Se trata de un defecto esencial en orden a la posible emisión por este Consejo del dictamen solicitado porque —ello ocurre especialmente en los casos de revisión de oficio, en que nuestro dictamen es habilitante de la resolución que se adopte—, el Consejo, tratándose de dictámenes preceptivos, nunca se pronuncia en abstracto, sino que lo hace en relación con los contenidos dispositivos o decisarios concretos que la Administración pretende adoptar. Ello no obstante, dado que el acuerdo de inicio justifica la causa en virtud de la que se incoa el procedimiento de revisión de oficio, no se considera irregularidad relevante.”*

Esta falta no puede considerarse subsanada por la existencia de informes del asesor externo de la Corporación ya que estos no recogen en modo alguno la postura de la entidad local.

QUINTA.-Es preciso analizar en este punto si el acto que se trata de anular es susceptible de ser revisado por el procedimiento establecido en el artículo 102 de la LRJ-PAC.

Tal y como resulta del relato de los hechos comprendido en este dictamen, la Administración trata de anular, además de las ofertas de empleo de los años 2009 y 2010, la convocatoria de un proceso selectivo, que ha comenzado a desarrollarse sin haber culminado, no existiendo por tanto, al momento de iniciarse la revisión, derechos definitivos a las plazas

convocadas, pero sí unas expectativas de gran consistencia, dado lo avanzado del referido proceso.

El procedimiento de revisión de oficio está previsto para anular actos declarativos de derechos, justificándose las previsiones garantistas del artículo 102 de la LRJ-PAC en el menoscabo que puede suponer en los derechos e intereses de los administrados, quebrando el principio de seguridad jurídica que exige el mantenimiento del acto, en aras del principio de legalidad que exige la anulación de éste para acomodar la situación al ordenamiento jurídico. Cuando los actos que se tratan de anular son de carácter desfavorable, desaparece la necesidad de constreñir a la Administración, en la revisión de esos actos, fundamentando razones de celeridad y eficacia la existencia de procedimientos, como el establecido en el artículo 105.1 de la LRJ-PAC, en el que el requisito de actuación se restringe a no contrariar el principio de igualdad ni el ordenamiento jurídico.

En el presente caso, nos encontramos con que uno de los actos objeto de revisión, la convocatoria del proceso selectivo, si bien no ha conferido auténticos derechos a las plazas convocadas por no haber finalizado el proceso en el momento de iniciarse el procedimiento de revisión, afecta a expectativas de derecho, en algunos casos muy próximas al derecho a la plaza en cuestión, dado el número de ejercicios aprobados y la proximidad del final de las pruebas selectivas. Razones de seguridad jurídica fundamentan que solo el procedimiento de revisión de oficio regulado en el artículo 102 de la LRJ-PAC, y elegido por la Administración consultante, protege adecuadamente esas expectativas, que de prosperar la revisión se frustrarían, con el fin de restablecer la legalidad quebrantada, debiendo concluir la idoneidad del citado procedimiento para revisar la convocatoria del proceso de selección.

En este sentido el Consejo de Estado en el Dictamen nº 1192, de 12 de julio de 2001 procedió al examen de la revisión de oficio de una convocatoria de pruebas selectivas al Cuerpo de Gestión de la Administración Civil del Estado entendiendo que se trataba de un acto plural y con doble efecto.

SEXTA.- En cuanto a la duración del procedimiento, debe advertirse que el artículo 102.5 de la LRJ-PAC establece que, cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde el inicio sin resolución expresa, determinará la caducidad del mismo. La caducidad constituye una técnica de protección del administrado que impone límites temporales a la duración de los procedimientos con efectos adversos, evitando el sufrimiento prolongado que la mera tramitación puede ocasionar, dado su potencial resultado gravoso.

En este caso, el procedimiento de revisión se inició el 25 de agosto de 2011 y ha tenido entrada en este Consejo el día 28 de diciembre del mismo año sin que en ningún momento conste que se haya suspendido el plazo para resolver al amparo del artículo 42.5 de la LRJ-PAC, por lo que el procedimiento estaría caducado.

SÉPTIMA.- Todo lo anterior conduce a que este Consejo no se pueda pronunciar sobre el fondo de la revisión planteada si bien debe hacer especial hincapié en que la determinación en los procedimientos de revisión de oficio de la causa de nulidad del artículo 62 de la LRJ-PAC en la que se pretende amparar la revisión es especialmente importante, habida cuenta del carácter excepcional de la nulidad en nuestro ordenamiento jurídico (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2009) y de la interpretación restrictiva de dichas causas que impone la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007).

Si bien en este caso se cita en el Decreto del Alcalde por el que se inicia la revisión, que la causa de nulidad es la especificada en el artículo 62.1 a) de la LRJ-PAC (*Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*"), no se identifica cuál es el derecho susceptible de amparo constitucional que se considera infringido, surgiendo la duda respecto del artículo 28 CE por los defectos en la negociación colectiva o quizás el artículo 23.2 CE en relación con el artículo 14 CE por la quiebra del derecho al acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad. Hay que recordar en este punto que la fundamentación de la concurrencia concreta del vicio se hace imprescindible, dada la interpretación restrictiva que ha de darse a esta causa de nulidad por el peligro que puede suponer que una aplicación indiscriminada de la misma produzca una quiebra del principio de seguridad jurídica, confundiendo la mera anulabilidad con la nulidad radical (en este sentido Sentencia del Tribunal Constitucional 10/1998 de 13 de enero y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de mayo de 2006 RJCA 2006/482). Si no se identifica ni siquiera el derecho constitucional vulnerado mal se puede hablar de la causa de nulidad del artículo 62.1.a). La claridad en la concreción de la causa que fundamenta la pretensión anulatoria, se hace indispensable en este primer acto que conocen los interesados al que se pueden anudar importantes efectos desfavorables para los mismos.

La confusión se pone asimismo de manifiesto en el propio escrito de remisión a la Vicepresidencia, Consejería de Cultura y Deporte y Portavocía del Gobierno, pues en el mismo no se menciona ninguna causa de nulidad y se alude genéricamente a la "*Falta de negociación de la oferta de empleo público de las plazas convocadas*" y a "*Figurar en plantilla las plazas convocadas como para (sic) personal laboral y realizarse convocatoria de las plazas como personal funcionario*". Se especifica que se remite el expediente de revisión de oficio tramitado respecto del procedimiento de selección de nueve plazas de auxiliares administrativos,

sin referencia alguna a los otros dos actos objeto de revisión (las ofertas de empleo público de los años 2009 y 2010), sin que conste documento alguno relativo a la elaboración de la oferta del año 2009 más allá del mero texto de la misma, motivo por el cual se desconoce si falta documentación correspondiente a estos dos actos, también objeto de revisión.

De otro lado, en los informes obrantes en el expediente se alude asimismo a defectos en la tramitación del procedimiento de selección que pudieran hacer pensar en que se está invocando la causa de nulidad del artículo 62.1 e) de la LRJ-PAC (*Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados*), pero debe recordarse que la infracción de procedimiento a la que se refiere dicha causa de nulidad ha de ser “*clara, manifiesta y ostensible*” (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1999, 17 de octubre de 2000, 12 de marzo de 2002, 21 de junio de 2006). En la misma línea el Consejo de Estado en Dictamen 1950/2004 establece “*La ausencia total de procedimiento debe ser entendida en el sentido de que no existan los engarces formales necesarios en el iter administrativo para concluir en el acto que se pretende emanar, envolviendo tales ausencias o errores procedimentales un radical vicio con irremediables efectos sobre el acto administrativo final*”.

Por tanto, si la Administración consultante decide iniciar un nuevo procedimiento de revisión de oficio, *ex* artículo 92.3 de la LRJ-PAC, debería ajustarse a las consideraciones anteriormente reseñadas, enviando toda la documentación correspondiente a los actos objeto de revisión, debería adoptarse el acuerdo de revisión por el órgano competente, precisando desde el mismo momento de la iniciación la causa de nulidad motivadora de la revisión que se pretende, haciendo constar de forma clara el derecho o libertad susceptible de amparo constitucional que se estima lesionado, si la causa es la especificada en el artículo 62.1 a) de la LRJ-

PAC, y por último, debería concluir con una propuesta de resolución que, una vez valoradas las alegaciones realizadas por los interesados en el procedimiento y el resto de las actuaciones de instrucción verificadas, fije la postura de la Corporación frente a la resolución del procedimiento de revisión, que se somete a dictamen de este órgano consultivo.

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

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

El procedimiento de revisión de oficio sometido a dictamen está caducado conforme el artículo 102.5 de la LRJ-PAC, no obstante lo cual, la Administración consultante puede iniciar otro procedimiento siguiendo las observaciones puestas de manifiesto en el cuerpo del presente dictamen.

El presente dictamen es vinculante.

Madrid, 18 de enero de 2012