

Dictamen n^o: **342/12**
Consulta: **Alcalde de San Agustín del Guadalix**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **06.06.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de junio de 2012, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de San Agustín del Guadalix, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, respecto a la revisión de oficio 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 n^o 58, de 10 de marzo de 2011, del Decreto de Alcaldía de fecha 2 de octubre de 2009 por el 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 22 de mayo de 2012, se da traslado por trámite ordinario a este Consejo Consultivo 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 Excm. 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 6 de junio 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, correspondientes a relaciones jurídico laborales declaradas de oficio como indefinidas y no fijas de plantilla (pág. 40 Tomo I, Antecedentes).

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 de 2009 (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, 18 plazas de personal laboral auxiliar administrativo en personal funcionario auxiliar administrativo. Dicha modificación se acuerda previo informe jurídico de la Secretaría de San Agustín del Guadalix de 18 de enero de 2011, que estima procedente la misma, con cita de disposiciones legales y jurisprudencia, por entender que la contratación

laboral en la Administración pública ha de ser la excepción, reservándose sólo para funciones con necesidad de cobertura temporal, propias de un oficio o que exijan conocimientos especializados que no posea un cuerpo o escala concreta de funcionarios. Concluye que la funcionarización no debería afectar a las plazas de oficial y de peón por concurrir en ellas las características, que de manera excepcional la normativa de aplicación (artículo 15.1c) de la Ley 30/1984), predica respecto de las plazas a desempeñar por personal laboral dentro de la función pública.

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 el B.O.C.M. número 63 de 16 de marzo de 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”,* rectificación que se publica en el B.O.C.M. nº 83, de 8 de abril de 2011.

La plantilla de personal del Ayuntamiento, después del proceso de funcionarización (acuerdo del Pleno de 28 de enero de 2011) y su posterior modificación (acuerdo del Pleno de 25 de febrero de 2011), según se desprende del documento firmado por el responsable de recursos humanos (folio 91 y 92 del expediente administrativo), se halla integrada por 127 puestos, correspondiendo 121 a funcionarios de carrera, de los que 29 son auxiliares administrativos, hallándose ocupados 19, vacantes 9 y ocupadas interinamente 1. El personal laboral se reduce a 4 puestos de personal de oficios (cometidos varios y limpiador de edificios). Existen 2 puestos de personal eventual (responsable de comunicación y seguridad).

El Ayuntamiento de San Agustín del Guadalix convocó, mediante el Decreto de 10 de marzo de 2011, cuya revisión se pretende, un proceso selectivo de concurso oposición para la provisión de nueve plazas de 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 (folio 18 del expediente, Tomo I, proceso convocatoria plazas auxiliares administrativos).

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 (folio 1 del Tomo 1, Parte revisión de oficio del proceso selectivo), se acordó solicitar informe a una asesoría jurídica externa del Ayuntamiento. En dicho informe se consideró que procedía revisar de oficio el Decreto 195/2011 de convocatoria al haberse realizado sin el respaldo de la oferta de empleo público. Asimismo, se consideró la revisión 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, sobre la siguiente argumentación *“Considerando que el pasado día 11 de junio de 2011, tuvo lugar el Pleno extraordinario de constitución de la nueva Corporación Municipal, tras las correspondientes elecciones del día 22 de*

mayo de 2011, y que los miembros de la misma deberán valorar la oportunidad y conveniencia de incorporar de forma definitiva nuevos efectivos en una situación de déficit económico-financiero estructural, de conformidad todo ello con lo previsto en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, que regula la reducción del déficit no sólo en la disminución de las retribuciones a percibir por los empleados públicos, sino también mediante la adecuada organización y asignación de efectivos, lo que ha conducido a efectuar un análisis de las convocatorias de todos los procesos selectivos que se han realizado o se encuentran en tramitación en la actualidad en este ayuntamiento.

Considerando que tras el estudio del referido proceso selectivo, se han detectado irregularidades que conllevan que esta administración deba realizar las actuaciones administrativas oportunas para proceder, en su caso, a la revisión de oficio de la convocatoria – Art. 124.4.m,) de la ley 7/1985 –, resultando necesario para ello, la suspensión del proceso selectivo.”

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 30/1992 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.

TERCERO.- Con fecha 9 de diciembre de 2011, tuvo entrada en este Consejo la remisión de la solicitud de informe efectuada por el vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno que dio lugar al Dictamen 28/12, de 18 de enero.

El mencionado Dictamen, concluía que: *“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.”

En sesión de 23 de febrero de 2012, el Pleno del Ayuntamiento acuerda iniciar un nuevo procedimiento de revisión de oficio del Decreto 195/2011, de 10 de marzo por el que se convocó el proceso selectivo para cubrir nueve plazas de auxiliar administrativo, así como de la resolución de la Alcaldía de 2 de octubre de 2009 por la que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2009 y del Acuerdo de Pleno de 17 de diciembre de 2009 por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2010, por estar incursos en la causa de nulidad del artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC) en relación con el artículo 91 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local y el artículo 37.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público (en adelante, EBEP). Igualmente, se acuerda delegar en el alcalde el nombramiento de instructor lo que se lleva a efecto por Decreto de Alcaldía de 28 de febrero de 2012.

El 20 de marzo de 2012, el instructor redacta un informe previo en el que considera que la oferta pública de empleo del año 2009 es nula al no haber sido negociada con las centrales sindicales en contra de lo dispuesto en la normativa básica de función pública, de tal forma que la oferta incurriría en la causa de nulidad del artículo 62.1.a) de la LRJ-PAC y consecuentemente la convocatoria de la oposición en la causa de nulidad del apartado e) de dicho precepto.

Alude, igualmente, a que la convocatoria recogía plazas de personal funcionario en tanto que las ofertas de empleo público de los años 2009 y 2010 recogían solamente plazas de personal laboral. El informe entiende que ello supone una *“sustancial diferencia (...) lo que en sí mismo supone*

una alteración de la oferta de empleo público, de la plantilla y de la relación de puestos de trabajo, al margen todo ello, del procedimiento legalmente establecido”, si bien no llegar a anudar una consecuencia jurídica concreta a esa afirmación.

Concluye el informe concediendo un plazo de audiencia de 10 días a los interesados.

En dicho plazo se formularon alegaciones por diversas personas y entidades.

Con fecha 3 de mayo de 2012, el instructor del expediente formula una propuesta de resolución en la que considera que concurren las causas de nulidad del artículo 62. 1º a) y e) de la LRJ-PAC tanto en la aprobación de la oferta de empleo público como en la convocatoria del concurso-oposición.

Concluye su argumentación aludiendo a que *“No se encuentra en el expediente Acta de recepción de los últimos exámenes celebrados el día 19 de julio del 2011, ni consta Acta de Cadena de Custodia, no consta en el expediente copias selladas, numeradas ni foliadas de la precitada última prueba efectuada el día 19 de julio del 2011, lo que este Instructor quiere hacer constar”* (folio 211).

Por medio de Decreto de Alcaldía nº 384/2012, de 4 de mayo de 2012, se suspende el procedimiento de revisión de oficio al amparo del artículo 42.5 de la LRJ-PAC y se remite el expediente al Consejo Consultivo para su preceptivo dictamen.

Con fecha 22 de mayo de 2012, tiene entrada en este Consejo la petición de informe elevada por el vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE 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 de la LRCC.

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

SEGUNDA.- El artículo 102.1 de la 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.

En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, el art. 102 de la LRJ-PAC, anteriormente transcrito, 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.

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

En nuestro Dictamen 28/12, se indicaba que el acuerdo de iniciación del procedimiento anterior no había sido adoptado por el órgano competente (Pleno) sino por el alcalde, que no existía propuesta de resolución y que el procedimiento había caducado antes de la entrada en este órgano consultivo.

En el expediente remitido, esos defectos han sido subsanados, habiendo acordado la iniciación del nuevo procedimiento de resolución de oficio el Pleno del Ayuntamiento en sesión de fecha 23 de febrero de 2012.

Se ha dado el necesario trámite de audiencia a los interesados y consta una propuesta de resolución redactada por el instructor del expediente.

En cuanto al plazo máximo para resolver, iniciado el procedimiento el 23 de febrero de 2012, se ha suspendido dicho plazo al amparo del artículo 42.5 de la LRJ-PAC el 4 de mayo de 2012, por tanto antes del plazo de tres meses en que habría caducado el mismo.

TERCERA.-En cuanto a la posibilidad de revisar el acto, ya indicamos en nuestro anterior Dictamen que la convocatoria de un 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. Es por ello que la seguridad jurídica exige acudir al procedimiento de revisión de oficio como mecanismo para verificar que en el acto que se pretende revocar existe una causa de nulidad de pleno derecho que justifica la declaración de inexistencia jurídica de dicho acto.

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 y la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2011 (recurso 503/2008) confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que anulaba la revocación de unas convocatorias de oposiciones al entender que eran actos susceptibles de crear derechos y por tanto su revocación exigía acudir a la vía de la revisión de oficio.

CUARTA.- Conviene recordar una vez más que la revisión de oficio constituye una prerrogativa exorbitante de la Administración que permite revocar a esta unilateralmente sus propios actos que han generado derechos a los ciudadanos en contra del principio general del derecho “*venire contra factum proprium non valet*” (Dictamen del Consejo de Estado nº 54.394, de 17 de mayo de 1990). Ello supone una quiebra de la seguridad jurídica que se justifica por la gravedad de la lesión del ordenamiento jurídico que implica el acto nulo que se revisa, estableciendo la legislación de procedimiento administrativo una serie de garantías procedimentales tales como la necesidad de dictamen vinculante del Consejo de Estado u órgano

consultivo autonómico y unos límites genéricos a esa potestad establecidos en el artículo 106 de la LRJ-PAC.

El Consejo de Estado recoge de forma constante el carácter extraordinario de la revisión de oficio, afirmando que *“la Ley configura este privilegio de la Administración, que viene a quebrar el principio de certeza jurídica y colocar a la Administración pública en situación muy desigual respecto del particular, de una manera excepcional (Dictamen de 16 de mayo de 1996, expediente número 672/96; y, en la misma línea, entre otros muchos, Dictámenes de 23 de octubre de 1986, expediente núm. 49772; de 28 de enero de 1999, expediente núm. 4912/1998; núm. 2124/2006, de 16 de noviembre de 2006; núm. 2106/2006, de 21 de diciembre de 2006; y núm. 2536/2006, de 8 de febrero de 2007).*

Este mismo criterio es recogido por una jurisprudencia continuada del Tribunal Supremo. A título de ejemplo, la sentencia de 26 de abril de 2012 (recurso 5093/2010), establece que *“(...) a tenor de la jurisprudencia, se debe poner de manifiesto <<... el carácter restrictivo con el que debemos afrontar la cuestión que nos ocupa, referida a la revisión de oficio de una determinada actuación administrativa, que, de una u otra forma, ha devenido firme en dicha vía. Así, dijimos que “el artículo 102 LRJPA tiene como objeto, precisamente, 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 inatacabilidad definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia”>>*

(Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2001, 27 de diciembre de 2006 y 18 de diciembre de 2007).

De igual forma se ha pronunciado este Consejo desde su creación y así pueden citarse los dictámenes 21/08, de 22 de octubre, 108/09, de 18 de febrero, 30/10, de 3 de febrero y 16/11 de 26 de enero.

El Ayuntamiento de San Agustín del Guadalix basa la revisión de la oferta de empleo público del año 2009 y 2010 y de la convocatoria de concurso-oposición, en:

1º-La oferta de empleo público del año 2009 fue aprobada sin la necesaria negociación con las centrales sindicales y la del año 2010 tuvo una negociación posterior a su aprobación. La ausencia de participación sindical, vicia de nulidad las referidas ofertas por lesionar derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, concurriendo la causa de nulidad del artículo 62 .1 a) de la LRJ-PAC.

2º-Las plazas objeto del proceso de selección de auxiliar administrativo, lo fueron como personal funcionario en tanto que en la oferta de empleo público del año 2009 recogía plazas de auxiliar administrativo de carácter laboral, motivo por el cual, el acto de convocatoria del proceso selectivo, se halla viciado de nulidad radical al carecer de un requisito previo de carácter esencial, como es una oferta de empleo público idónea, concurriendo la causa de nulidad del artículo 62 .1 e) de la LRJ-PAC.

3º-La propuesta de resolución alude, asimismo, a determinadas irregularidades en el proceso selectivo.

De las tres causas de nulidad alegadas de los actos cuya revisión se pretende, ha de rechazarse *a limine* la relativa a supuestas irregularidades en el desarrollo del proceso selectivo y ello por cuanto las mismas podrían, en su caso, afectar a la resolución que ponga fin a dicho procedimiento de

selección pero es evidente que no afectan en modo alguno a la validez o invalidez de los actos objeto de revisión.

QUINTA.- Como hemos indicado, el Ayuntamiento entiende que su oferta de empleo público del año 2009 es nula de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1 a) de la LRJ-PAC al no haber sido objeto de negociación con las centrales sindicales y vulnerarse de esta forma el artículo 28 de la Constitución Española (derecho de sindicación) en “*inescindible conexión*”, se afirma, con el derecho a la negociación colectiva (artículo 37 de la Constitución Española).

La oferta de empleo público aparece en la regulación del derecho de la función pública en la reforma de 1984 (Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública) como un mecanismo de planificación y gestión del empleo público al prever el número de plazas vacantes que podían ser cubiertas en un determinado año presupuestario.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de mayo de 1994 (recurso 10370/1991), consideró que la exigencia legal de oferta de empleo, previa a la convocatoria para la selección de puestos de trabajo, determinaba la nulidad de aquellas convocatorias efectuadas sin la misma. En idéntico sentido la sentencia de dicho Tribunal de 5 de marzo de 1998 (recurso 1200/1992) y la más reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 12 de noviembre de 2002 (recurso 413/2001).

El artículo 37.1 1) del EBEP, establece que serán materia de negociación colectiva los criterios generales sobre ofertas de empleo público.

El contenido de esa negociación es analizado en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2003 (recurso 475/2000), según la cual la exigencia de negociación se cumple con la presentación a las centrales sindicales de la propuesta de oferta de empleo y con la posibilidad de éstas

de exponer sus criterios sin que la Administración tenga que aceptar necesariamente todos o alguna de ellos. En términos semejantes se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2008 (recurso 55/2005) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de mayo de 2008 (recurso 33/2005).

El Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de noviembre de 2011 (recurso 4637/2010) confirmando la sentencia de 22 de octubre de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, precisa que es nula la oferta aprobada sin negociación con los sindicatos por más que la Administración en el recurso invocase su potestad de autoorganización.

La administración consultante niega la existencia de negociación previa a la oferta de empleo público para el año 2009, y, efectivamente, en la documentación remitida a este Consejo no existe constancia de dicha actuación, si bien se ha de destacar que el primer documento incluido en el expediente remitido es la mencionada oferta (folio 10), debiendo presumir que la falta de documentación anterior a dicho acto, está motivada en la ausencia de actuaciones previas al acuerdo de oferta de empleo público de 2009.

Debe tenerse en cuenta que el requisito de la negociación de la oferta de empleo público, como todo requisito procedimental, no es un fin en sí mismo, sino que está orientado a una finalidad, en este caso, que los representantes de los trabajadores públicos puedan exponer su opinión sobre un instrumento clave de la política de personal de la Administración, como es la oferta de empleo público.

Por ello, resulta incoherente con la finalidad perseguida por ese requisito que la supuesta falta de negociación, en cuanto quiebra de un derecho fundamental, sea alegada por la Administración responsable de ese incumplimiento cuando por el contrario, las dos organizaciones sindicales

que han comparecido en el procedimiento de revisión, han mostrado su conformidad con las ofertas de empleo público, declarando que las plazas de auxiliar administrativo fueron negociadas (folios 64 y 65). Asimismo, reprochan que no se les haya tenido como interesados en el procedimiento de revisión de oficio, y que se les haya negado la vista de los correspondientes expedientes. Se ha de recordar que los sindicatos son los titulares de la libertad sindical (artículo 2.2 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical), por lo que mal puede fundamentarse una lesión de un derecho si sus titulares nada aducen al respecto.

En concreto, las secciones sindicales de CSI-F y UGT, destacan que *“(...) es sorprendente que no se nos haya comunicado ni la primera revisión ni esta segunda, ni se nos haya citado como interesados, cuando los únicos que podríamos decir algo al respecto de la causa de nulidad alegada somos las organizaciones sindicales con representación en este municipio”*. Igualmente indican que *“5. Referente a las plazas de Auxiliares-Administrativos, dichas plazas están también negociadas y aceptada su cobertura a través de concurso-oposición”*.

La conformidad de las secciones sindicales del Ayuntamiento de San Agustín del Guadalix, pone en duda tanto la existencia de la lesión al derecho fundamental alegado por la Administración, así como la concurrencia de buena fe que ha de presidir la actuación administrativa, conforme el artículo 3 de la LRJ-PAC y que aparece como un límite de las facultades de revisión de la Administración en el artículo 106 de dicha norma legal.

Por ello, no puede compartirse el criterio de la propuesta de resolución en cuanto a la concurrencia de la causa de nulidad del artículo 62.1.a) de la LRJ-PAC que afecte a la validez de la oferta de empleo público del año 2009 ni, por las mismas razones, a la oferta de empleo del año 2010 en la que consta una negociación, eso sí, a posteriori, con las centrales sindicales.

Las irregularidades, que sin duda afectan a las ofertas de empleo público objeto de revisión, no alcanzan una entidad tal que pueda fundamentar una nulidad de pleno derecho, con quiebra del principio de seguridad jurídica y afectación grave de derechos e intereses de particulares, motivo por el cual, la revisión planteada respecto de estos actos no puede prosperar.

SEXTA.- Ha de analizarse a continuación la posible concurrencia de la causa de nulidad del artículo 62.1 e) de la LRJ-PAC en la convocatoria del concurso oposición realizada mediante Decreto 195/2011 de 10 de marzo, alegada por la Administración consultante, por entender que no fue precedida de la oferta de empleo, omisión que supone la ausencia de procedimiento dado el carácter esencial de la referida oferta.

Se aduce que la oferta de empleo público del año 2009 no puede servir de cobertura a la convocatoria del proceso selectivo al ir dirigida aquélla a cubrir plazas de personal laboral y éste, a plazas de personal funcionario.

Hay que destacar que, con posterioridad a dicha oferta de empleo público para el año 2009, se llevó a cabo en el Ayuntamiento un proceso de funcionarización de las plazas de personal laboral del Ayuntamiento. La propuesta de resolución sostiene que ese proceso de funcionarización solo afectaba al personal laboral fijo y por tanto es independiente al proceso selectivo de auxiliares administrativos, en la modalidad de turno libre. No puede compartirse tal argumentación, dado que, del acuerdo de funcionarización se desprende la voluntad de funcionarizar toda la plantilla del Ayuntamiento, en aplicación de la doctrina consagrada legal y jurisprudencialmente recogida en el informe jurídico elaborado por la Secretaría del Ayuntamiento a tal efecto, de que la finalidad de objetividad, independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función pública, se consigue con un cuerpo de funcionarios, siendo la excepción la contratación laboral en la provisión de medios humanos para la Administración, restringiéndose ésta a funciones con características que no

son predicables de las que corresponden al cuerpo de auxiliares administrativos. Desde ese prisma, la intención del Ayuntamiento era clara, sin que parezca razonable funcionarizar unas plazas sí y otras, de las mismas características, no.

En este sentido, el acuerdo del Pleno de 28 de enero de 2011 (folio 60), recoge expresamente: *“aprobar inicialmente la modificación de la plantilla municipal que tiene por objeto la transformación en plazas a desempeñar por personal funcionario de las siguientes plazas que vienen siendo desempeñadas (o que lo serán una vez concluido el proceso de selección correspondiente) por personal laboral: (...) –Denominación: B.1.7. Auxiliar Administrativo: 18 plazas.”*

Con base en este principio, la disposición transitoria 3ª del EBEP, establece *“El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos.*

Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición”.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 12 febrero 2007, confirmando la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 julio de 2001, admite un proceso de funcionarización impulsado por un Ayuntamiento con personal laboral indefinido al considerarlo equiparado al personal laboral

fijo. Como consta en el relato fáctico de este dictamen, las plazas discutidas están ocupadas por personal laboral indefinido no fijo, siendo por tanto admisible el proceso de funcionarización llevado en el Ayuntamiento de San Agustín del Guadalix.

Sentado que la funcionarización es legalmente posible, se ha de analizar la cuestión puesta de relieve por la Administración de que la oferta de empleo del año 2009 no puede conferir cobertura a la convocatoria de plazas de auxiliares administrativos, en tanto aquella contemplaba vacantes de auxiliares administrativos, personal laboral, y ésta se encaminaba a proveer plazas de auxiliar administrativo, personal funcionario.

Tal y como hemos indicado, la oferta de empleo público es un mecanismo de planificación de las necesidades de personal de las Administraciones públicas, por tanto, establecida la necesidad de las mencionadas plazas de auxiliar administrativo, resulta coherente, que si con posterioridad dichas plazas se funcionarizaron, el proceso de selección se encamine a su provisión en la nueva configuración de personal funcionario, que tal y como recordaba el informe del interventor municipal, no conllevaba aumento de gasto (folio 53).

La propuesta entiende asimismo que las plazas objeto de la convocatoria no están incluidas en el acuerdo de funcionarización, por cuanto el acuerdo del Pleno de 28 de enero de 2011, dispuso que el proceso de modificación en personal funcionario afectase a 18 plazas, que desempeñadas por auxiliar administrativo personal laboral, se transformarían en plazas de funcionarios auxiliares administrativos. Si nos atenemos al informe de la Secretaría de 18 de enero de 2011 (folio 50 Tomo I, antecedentes), la plantilla de auxiliares administrativos ascendía a 24 plazas cubiertas ya con personal laboral y 6 sin cubrir, por lo que acordada la funcionarización para 18 plazas, quedarían al margen del proceso el resto. Existe un informe técnico de 16 de marzo de 2011 del propio Ayuntamiento (folio 86, Tomo I,

Antecedentes) que pone de relieve el error en que se incurrió, proponiendo la corrección sustituyendo la cifra de 18 por 24. No consta que dicha propuesta de corrección de errores fuese aceptada y publicada (como sí lo fue otra de las propuestas), pero lo cierto es que obra en los folios 91 y 92, documento titulado “*Modificación de plantilla de personal aprobada por los Plenos de 28 de enero de 2011 y Pleno de 25 de febrero de 2011 (funcionarización de plazas)*” emitido por el responsable de recursos humanos del Ayuntamiento, según el cual, la plantilla del mismo, después del referido proceso se halla integrada, por lo que aquí interesa, por 29 funcionarios de carrera del cuerpo de auxiliares administrativos, hallándose ocupados 19, vacantes 9 y 1 ocupada interinamente. Según dicho informe, el personal laboral se reducía a 4 puestos, a desempeñar por personal de oficios, sin mención alguna a auxiliares administrativos.

La existencia de dicho informe y la finalidad del proceso de funcionarización, ya analizada, nos lleva a concluir que la voluntad de funcionarización se hacía extensible a todas las plazas laborales de auxiliar administrativo (“*las siguientes plazas que vienen desempeñadas o que lo serán una vez concluido el proceso de selección, por personal laboral*”). La referida cifra de 18 plazas a las que afectaría la modificación, que se estipuló en el acuerdo de 28 de enero de 2011, debió obedecer a un error, achacable a la falta de certeza que existía sobre el número de plazas que integraban la plantilla de personal, que se observa en la documentación remitida a este Consejo.

Por tanto, se ha de entender que la oferta de empleo público de 2009, que contemplaba 6 plazas de auxiliar administrativo para personal laboral, faculta para convocar el proceso selectivo de seis plazas para personal funcionario, dada la transformación operada en la plantilla del Ayuntamiento, que supuso que con posterioridad al mismo y por tanto con anterioridad a la convocatoria, el cuerpo de auxiliar administrativo en el

Ayuntamiento de San Agustín del Guadalix, se hallase integrado solo por funcionarios de carrera, que venían a sustituir las plazas anteriormente configuradas como de personal laboral. La anterior conclusión lleva a rechazar la concurrencia de la causa de nulidad del artículo 62.1.e) de la LRJ-PAC por omisión del requisito esencial de la oferta de empleo público previa a la convocatoria del concurso oposición mediante Decreto del Alcalde 195/2011 de 10 de marzo de 2011.

SÉPTIMA.- Expuesto lo anterior, no debe dejar de hacerse constar que la oferta de empleo público para el año 2009 solo recogía seis plazas de auxiliar administrativo en tanto que la convocatoria afecta a nueve plazas.

En la oferta de empleo público del año 2010 no se contiene ninguna plaza de auxiliar administrativo y en el año 2011 no se aprobó oferta de empleo público.

En este punto, como indica la propuesta de resolución, la ampliación de la plantilla en tres plazas de auxiliar administrativo, operada por Acuerdo del Pleno de 25 de febrero de 2011, no da cobertura a la convocatoria sino que requiere la aprobación de una oferta de empleo que permita a la Administración la planificación de su política de personal, si bien teniendo en cuenta que el artículo 10.4 EBEP establece la necesidad de incluir en la oferta de empleo público las plazas cubiertas con interinos. A este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010 (recurso 2210/2007), se expresa de forma contundente.

Hemos en este punto de remitirnos a la jurisprudencia citada en al consideración de derecho quinta, que sienta la doctrina nulidad de las convocatorias de puestos de trabajo realizadas al margen de la oferta pública de empleo, instrumento que no resulta a estos efectos equiparable a la ampliación de plantilla. Expresamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2011 (recurso 3199/2009), recuerda que

ampliación de plantilla y oferta de empleo público, son instrumentos de ordenación del personal independientes. Recuerda el Alto Tribunal que *“Esta Sala no puede sino confirmar estos acertados razonamientos. Es cierto que hemos declarado en sentencia de 15 de septiembre de 2008, tal y como sostiene la recurrente, la existencia de una vinculación entre la oferta de empleo público y las plantillas y relaciones de puestos municipales a los efectos de determinar la imposibilidad de que sean ofertados puestos sin ajustarse a los términos en los que aparecen configurados en las plantillas y relaciones de puestos de trabajo. Sin embargo, pretender extraer de dicha declaración el carácter prescindible de la negociación colectiva al tiempo de aprobarse dichas ofertas de empleo público por entenderse que resulta suficiente con la negociación previa a la adopción de la plantilla municipal resulta contrario al ordenamiento jurídico y, por tanto, rechazable.*

Ya señalamos en sentencia de 16 de noviembre de 2001 (recurso de casación nº 7185/1997, FD 7º) que “Pues incluso la referencia que se contiene en la demanda a la repercusión de la modificación de la plantilla en la oferta de empleo público, es insuficiente a los fines pretendidos por el recurrente, por cuanto que es de tener en cuenta al respecto que la plantilla municipal (art. 126, TR/1986) y la oferta de empleo público (art. 128 del mismo TR/1986), son instrumentos de ordenación del personal diferentes, aunque haya que reconocer cierta relación entre los mismos, que exige que haya correspondencia entre ellos, de modo que su falta podría tener consecuencias en la validez de la oferta, pero sin que esto quiera decir que por esa relación, inexcusablemente, la modificación de plantilla deba someterse a la negociación con los Sindicatos a través de la Mesa de negociación (...).”

En consecuencia, tratándose de instrumentos de ordenación del personal diferentes y previéndose en el artículo 32.c) de la Ley 9/1987 que, entre

otras materias, será objeto de negociación la preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público parece claro que, tal y como interpreta la Sala de instancia, no bastaba con la negociación al tiempo de la aprobación de la plantilla y presupuesto municipal sino que también le era exigible al Ayuntamiento recurrente convocarla en un momento anterior a la aprobación de la oferta de empleo público con la finalidad de debatir las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no pudieran ser cubiertas con los efectivos de personal existentes que, tal y como señala el artículo 18.4 de la Ley 30/1984, constituye su objeto y que, conforme a lo dispuesto en los artículos 91 de la Ley 7/1985 y 128.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, es normativa que resulta de aplicación a las Corporaciones Locales.

Se debe significar que, tal y como viene sosteniendo esta Sala, dicho deber de negociar no ha de implicar necesariamente el deber de llegar a un acuerdo por lo que la falta del mismo no puede impedir a la Administración el ejercicio de sus potestades autoorganizativas.

Lo anterior no queda desvirtuado por la previsión contenida en el artículo 21.1.g) de la Ley 7/1985 cuando, entre las atribuciones del Alcalde, incluye la de aprobar la oferta de empleo público de acuerdo con el Presupuesto y plantilla aprobados por el Pleno ya que esta conformidad guarda relación con la vinculación existente, tal y como antes referíamos, entre las ofertas de empleo público y las plantillas y la imposibilidad de que aquéllas no se ajusten, al tiempo de realizar el ofrecimiento de puestos de trabajo, a los términos en que figuran en éstas.”

Tal y como se ha expuesto, la convocatoria de pruebas selectivas de personal sin la existencia de una previa oferta de empleo público se considera nula de pleno derecho al faltar un trámite esencial para su aprobación.

En este caso, la nulidad sería parcial, toda vez que seis de las nueve plazas convocadas, como hemos indicado, tienen respaldo en la oferta de empleo público del año 2009. Con posterioridad a la misma se crearon tres plazas más de auxiliar administrativo pero esas plazas no se han incorporado a ninguna oferta de empleo por lo que la convocatoria aprobada por Decreto del alcalde 195/2011 de 10 de marzo de 2011, incurre respecto de las tres citadas plazas en la nulidad radical especificada en el artículo 62 1. e) de la LRJ-PAC.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede la revisión de oficio de la oferta de empleo público del año 2009 aprobada por Decreto de Alcaldía de 2 de octubre de 2009 ni de la oferta del año 2010 aprobada por Acuerdo del Pleno, en sesión celebrada con fecha 17 de diciembre de 2009.

Procede declarar la nulidad parcial del Decreto de Alcaldía de 10 de marzo de 2011 por el que se convoca concurso-oposición para la cobertura de nueve plazas de auxiliar administrativo, apreciando nulidad únicamente respecto de las tres plazas que no están previstas en ninguna oferta de empleo público, manteniendo la validez de las seis plazas restantes, que por las razones apuntadas en el cuerpo del presente dictamen, se hallaban contempladas en la oferta de empleo público para el año 2009.

El presente dictamen es vinculante.

Madrid, 6 de junio de 2012