



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 6 4 / 2 0 1 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 26 de diciembre de 2013.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Icod de los Vinos en relación con la *Propuesta de Resolución de la revisión de oficio de la Resolución del Alcalde-Presidente, de fecha 17 de noviembre de 2011, relativa a la funcionaria M.P.G.G., al incurrir en la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.e) al haber sido dictado prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido (EXP. 498/2013 RO)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el. Alcalde del Ayuntamiento de Icod de los Vinos es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio, iniciado a los efectos de declarar la nulidad del Decreto de la Alcaldía de 17 de noviembre de 2011 por el que se procedió al nombramiento de una funcionaria interina.

La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo resultan de los artículos 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación, el primer precepto con 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 (LPAC).

2. La revisión instada se fundamenta en el artículo 62.1.e) LRJAP-PAC, al considerar la Administración actuante que el acto ha sido dictado prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

---

\* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

## II

### 1. Del expediente resultan los siguientes antecedentes:

- Mediante Decreto de la Alcaldía-Presidencia de 17 de noviembre de 2011 se nombró a M.P.G.G. funcionaria, en régimen de interinidad para el desempeño del puesto de trabajo de Jefe de Sección-Técnico de Recursos Humanos.

De acuerdo a lo consignado en el propio Decreto de nombramiento, con anterioridad al mismo se había solicitado al Ayuntamiento de los Realejos certificación acreditativa de que la interesada había superado un proceso selectivo para la provisión como funcionario de carrera de una plaza de Técnico de Administración General en este Ayuntamiento, sin obtener plaza.

Del certificado remitido, que también se menciona en el Decreto pero no consta en el expediente, resulta que la interesada participó en el procedimiento de selección convocado por aquella Corporación, para la provisión por funcionario de carrera de una plaza de Técnico de Administración General, cuyas Bases se publicaron en el Boletín Oficial de la Provincia nº 33, de 19 de febrero de 2009 y que fue celebrado los días 8, 14 y 20 de julio de 2009. En este proceso selectivo superó los ejercicios integrantes de la fase de oposición y, tras la valoración de los méritos integrantes de la fase de concurso, obtuvo una calificación final de 24 puntos. Sin embargo, no resultó propuesta para su nombramiento al quedar en segundo puesto y ser solo una la plaza convocada.

En el citado Decreto de nombramiento se añade que se efectuó previa consulta a la Dirección de Función Pública de la Administración autonómica, que prestó su conformidad verbalmente y que existe una plaza vacante con consignación presupuestaria habilitada al efecto.

- La interesada tomó posesión de su plaza, interinamente, el 18 de noviembre de 2011.

- Con fecha 19 de abril de 2012 se emite, a solicitud de la Alcaldía informe, escrito, por el Director General de la Función Pública de la Administración autonómica, en el que se concluye que en el procedimiento seguido por la Corporación para el nombramiento de la funcionaria interina quedó garantizado el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad, al haber superado el proceso selectivo convocado por el Ayuntamiento de Los Realejos. En cuanto al principio de publicidad, se plantea su viabilidad teniendo en cuenta la posibilidad de formación de listas de interinos, en los términos que se explicitan en el informe.

- Consta asimismo en el expediente que contra el citado nombramiento se interpuso recurso contencioso-administrativo por otra funcionaria interina de la Corporación, que fue inadmitido por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Santa Cruz de Tenerife de 18 de junio de 2012, al estimar que la recurrente carecía de legitimación activa.

- Finalmente, conforme a la certificación emitida por la Sección de Personal del Ayuntamiento, la interesada cesó en el puesto el 31 de julio de 2012, habiendo permanecido en el mismo ocho meses y trece días. El cese se debió a su renuncia voluntaria por mejora laboral.

2. Con estos antecedentes, mediante Decreto 1976/2013, de 3 de octubre, de la Alcaldía-Presidencia, de 3 de octubre de 2013, se inicia procedimiento de revisión de oficio del anterior Decreto de 17 de noviembre de 2011, fundamentado en la causa prevista en el apartado e) del artículo 62.1 LRJAP-PAC.

En la tramitación del expediente se ha otorgado trámite de audiencia a la interesada, que presentó alegaciones en el plazo concedido al efecto, en las que se opone a la revisión del acto.

Se ha elaborado finalmente informe-Propuesta de Resolución, en la que se contestan las alegaciones presentadas y se mantiene la nulidad del acto por la causa señalada en el acuerdo de inicio del procedimiento.

3. No obstante, el procedimiento suscita la cuestión del órgano competente para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio.

Como en la propia Propuesta de Resolución se contempla, el órgano competente para resolver los procedimientos de revisión de oficio es el Pleno de la Corporación. El procedimiento sin embargo ha sido iniciado por la Alcaldía.

Al respecto ha señalado este Consejo en numerosas ocasiones que, por lo que se refiere al órgano competente para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), de carácter básico, no determina expresamente el órgano al que le corresponde resolver la revisión de oficio de los actos declarativos de derechos de la Administración municipal. Sin embargo, atendiendo a que el art. 110 LRBRL atribuye al Pleno del Ayuntamiento la declaración de nulidad de pleno Derecho de los actos de gestión tributaria y a que los arts. 103.5 LRJAP-PAC y 22.2.k) LRBRL atribuyen a ese órgano la declaración de lesividad de los actos de la Administración incurso en vicio

de anulabilidad, la jurisprudencia ha interpretado por vía analógica que la competencia para revisar de oficio los actos incurridos en vicio de nulidad también corresponde al Pleno.

No obstante es preciso tener en cuenta que, conforme al art. 22.4 LRBRL, el ejercicio de la competencia del art. 22.2.k) LRBRL puede ser delegada por el Pleno en el Alcalde y en la Junta de Gobierno Local. En este sentido, ha señalado este Consejo, entre otros en su Dictamen 760/2009, que si la atribución al Pleno de la declaración de nulidad de los actos del Ayuntamiento descansa en la interpretación analógica o extensiva de la competencia atribuida por el art. 22.2.k) LRBRL y concordante art. 103.5 LRJAP-PAC y ésta es delegable, entonces también lo es la competencia que se entiende implícita en ella para decidir la revisión de oficio de los actos del Ayuntamiento.

En el presente caso, el Acuerdo de inicio del procedimiento ha sido adoptado por la Alcaldía, sin que conste en el expediente Acuerdo plenario de delegación, por lo que ha sido incoado por órgano incompetente. La incoación del procedimiento corresponde en todo caso al mismo órgano que ha de resolverlo, en este caso el Pleno de la Corporación.

### III

Por lo que se refiere al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución considera, como ya se ha señalado, que el acto es nulo de pleno Derecho al haber sido dictado prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1.e) LRJAP-PAC), por haberse dictado sin el informe de la Jefatura de la Sección de Personal ni la previa fiscalización por parte de la intervención de fondos ni, por último, informe-propuesta de resolución, informes todos ellos preceptivos y vinculantes de conformidad con lo previsto en los artículos 164, 172 y 175 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (ROF), así como, por lo que se refiere a la función interventora, en los artículos 213 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL) y 4 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, de Régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Estima por otra parte que no se ha dado cumplimiento al principio de publicidad que debe regir todo proceso de selección de funcionarios interinos conforme a la

previsto en el artículo 10.1 de la Ley 12/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

1. Conviene comenzar precisando que la revisión de oficio de los actos administrativos constituye un cauce de utilización ciertamente excepcional y de carácter limitado, ya que comporta que, sin mediar una decisión jurisdiccional, la Administración pueda volver sobre sus propios actos, dejándolos sin efecto. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, en una serie de supuestos que han de ser objeto de interpretación estricta, sin que pueda convertirse en una vía ordinaria de impugnación de los actos administrativos firmes.

Por lo que se refiere a la causa de nulidad prevista en el apartado e) del artículo 62.1 LRJAP-PAC, como reiteradamente ha señalado este Consejo, en línea con la doctrina constante del Consejo de Estado, para apreciar dicha causa de nulidad no basta con la mera invocación de cualquier vicio o anomalía formal, sino que es preciso que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, bien porque no se hubiere seguido procedimiento alguno, bien porque se hubiere seguido un procedimiento sustancialmente distinto al legalmente establecido (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1983, 21 de marzo de 1988, 12 de diciembre de 1989, 29 de junio de 1990, 31 de enero de 1992, 7 de mayo de 1993, 28 de diciembre de 1993, 22 de marzo de 1994, 18 de junio de 1994 y 28 de septiembre de 1994; dictámenes del Consejo de Estado de 5 de noviembre de 1987, 19 de octubre de 1989, 22 de junio de 2000 y 12 de julio de 2012).

Pero además, para que concurra la causa de nulidad referida, es preciso que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que se caractericen por su especial gravedad (Dictamen del Consejo de Estado 279/2000, de 16 de marzo).

2. Comenzando por la aludida vulneración del principio de publicidad para el acceso al empleo público, la Propuesta de Resolución se limita a poner de manifiesto su incumplimiento, sin más argumentación.

Como se ha señalado en los antecedentes, la persona que fue nombrada funcionaria interina había superado los diversos ejercicios que componían la oposición convocada por otro Ayuntamiento dos años antes. En sus alegaciones, la interesada considera que este principio fue cumplido en el proceso selectivo

convocado por el Ayuntamiento de Los Realejos, pues en el mismo se valoraron no sólo sus conocimientos, aptitudes y méritos, sino también los del resto de los candidatos que se presentaron al mismo, gracias a la debida publicación de la convocatoria correspondiente en los términos previstos en la normativa de aplicación.

Conforme dispone el artículo 10.2 EBEP la selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, en coherencia con los principios rectores del acceso al empleo público establecidos en el artículo 55.1 EBEP, trasunto a su vez de los principios constitucionales enunciados en el artículo 23.2 y 103.3 de la Constitución.

La exigencia prevista en el citado precepto de que para la selección de interinos se arbitren procedimientos ágiles y rápidos encuentra justificación en razones de urgencia para cubrir transitoriamente la plaza, como se desprende de los propios supuestos tasados previstos en el apartado 1 del citado artículo 10 EBEP y expresamente contempla el artículo 27.1, párrafo segundo, del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, de aplicación supletoria a los funcionarios de la Administración Local en virtud de lo dispuesto en su artículo 1.3.

Ahora bien, tales razones de urgencia no permiten obviar el cumplimiento de los señalados principios, expresamente recogidos en el artículo 10.2 EBEP para la selección de funcionarios interinos.

En el presente caso, la superación de los ejercicios en las oposiciones convocadas por otra Administración pública no permite dar por cumplido este principio.

Es cierto que de conformidad con el artículo 61.8 EBEP dispone, que los órganos de selección no podrán proponer el acceso a la condición de funcionarios de un número superior de aprobados al de plazas convocadas, *excepto cuando así lo prevea la propia convocatoria*. Esta regulación viene a permitir que los que hayan superado el proceso selectivo pero que por el número de plazas no accede a las mismas podrán formar parte de una lista de reserva, entendiéndose en estos casos que, en caso de que resulten nombrados funcionarios interinos, concurren los requisitos de publicidad, mérito y capacidad porque se ha superado un proceso selectivo para una plaza de las mismas características. En este sentido se pronuncia la STS de 23 de

septiembre de 2002, con anterioridad a la regulación ahora contemplada en el EBEP y citada en el informe de la Dirección General de la Función Pública al que se ha hecho referencia en los antecedentes.

Pero no es esto lo que acontece en el presente caso.

Se trata, en primer lugar, de un proceso selectivo convocado por una Administración pública distinta de la que nombró a la funcionaria interina, sin que en las bases que rigió esa convocatoria si hiciera mínima mención, de ser ello posible, de la posibilidad de que pudieran resultar nombrados funcionarios en otras Administraciones, de tal forma que existiera publicidad sobre este concreto extremo.

Pero es más, en la bases de la convocatoria no se previó la posibilidad, permitida por el artículo 61.8 EBEP, de que el órgano de selección pudiera proponer el acceso a la condición de funcionarios de un número superior de aprobados al de plazas convocadas, de tal forma que se pudiera configurar una lista de reserva. Al contrario, conforme a la base Octava de las que rigieron la convocatoria, el Tribunal Calificador debía publicar el nombre de los aspirantes aprobados en número no superior al de las plazas convocadas, por lo que la funcionaria interina afecta no formaba parte de una lista de reserva.

Por consiguiente y en estas condiciones no procede entender que se ha dado cumplimiento al principio de publicidad que impone el artículo 103.3 CE y, expresamente para la selección de personal interino, el artículo 10.2 EBEP, por lo que el acto se considera nulo de pleno Derecho por aplicación de la causa establecida en el artículo 62.1.e) LRJAP-PAC, ante la total ausencia de un proceso selectivo previo para el nombramiento de un funcionario interino.

3. La Administración estima igualmente la aplicación de la citada causa, por no haberse emitido los preceptivos informes a que ya se ha hecho referencia. Ocurre, sin embargo que la Administración limita su argumentación a consideraciones de índole formal acerca de la necesidad de integrar un expediente administrativo en el que conste el informe previo de la Jefatura de Personal, la fiscalización previa y la propuesta de resolución, con cita de diversos preceptos en este sentido y sin que los mismos establezcan su carácter preceptivo y vinculante, como se pretende.

A estos efectos es preciso tener en cuenta que el carácter estricto y de aplicación excepcional de la revisión de oficio no permite declarar nulo un acto por la simple invocación de determinadas carencias procedimentales, sino que resulta

preciso que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que se caractericen por su especial gravedad.

Hay que convenir, no obstante, con la Administración en que se aprecia en este caso, también por este motivo, una falta absoluta de procedimiento. En el expediente no hubo más tramitación que la aprobación del Decreto que ahora pretende declararse nulo y la previa consulta, según indica el propio Decreto a la otra Administración municipal. Sin embargo, en el expediente administrativo debieron quedar acreditados los requisitos legalmente exigibles para poder proceder al nombramiento de un funcionario interino, lo que no se llevó a efecto.

De esta forma, debió quedar acreditado: que no ha sido posible, en atención a la urgencia demandada por las circunstancias, la prestación de servicio por funcionarios de carrera que, de tratarse, como es el caso, de la cobertura de plaza vacante, ésta se halla dotada presupuestariamente y, finalmente, que se trata de un caso excepcional y para satisfacer necesidades urgentes e inaplazables.

En el expediente no existe constancia alguna de las urgentes e inaplazables necesidades que obligan a la selección y nombramiento de un funcionario interino, conculcando así lo previsto, con carácter básico, en el artículo 23.Dos de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, en cuya virtud durante el año 2011 *no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de personal estatutario o de funcionarios interinos, salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.*

Tampoco se ha acreditado en el expediente, mediante el preceptivo informe de la Intervención de fondos, que la plaza se halla dotada presupuestariamente.

La ausencia de los preceptivos informes que acrediten los requisitos legalmente exigibles supone que, efectivamente, el acto es nulo de pleno Derecho por los señalados motivos.

4. Sin embargo, la constatación de que el Decreto de 17 de noviembre de 2011 fue adoptado con omisión total y absoluta del procedimiento debido, no conlleva inexorablemente su declaración de nulidad, porque el art. 106 LRJAP-PAC establece límites a la revisión de oficio cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.



Es oportuno, a este respecto, partir de los pronunciamientos contenidos en el Fundamento Jurídico V de la Sentencia, de 13 de febrero de 2012 (RJ 2012\3955), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y que recogen una jurisprudencia consolidada, como resulta de las numerosas sentencias de la misma Sala que cita y del hecho que reitera los razonamientos de sus Sentencias de 12 de enero de 2012 (RJ 2012\23) y de 8 de febrero de 2012 (RJ 2012\5328). En dicho Fundamento se dice así:

*“El artículo 106 de la Ley 30/1992 dispone, bajo la rúbrica «límites de la revisión», que «las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes». Es decir, si de un lado, en el artículo 102 de la Ley se establece la posibilidad de proceder a la revisión de oficio, o a solicitud de parte interesada (artículo 118 de la misma ley), sin plazo («en cualquier momento»), pese a no haber recurrido en el plazo de dos meses tras la notificación expresa, en el artículo 106 se establece la posibilidad de que su ejercicio se modere por la concurrencia de las circunstancias que allí se prevén.*

*La sentencia de esta Sala, sección segunda, de 17 de enero de 2006 (RJ 2006, 2741) sostiene en su fundamento jurídico cuarto que: «La revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto. La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros».*

*E igualmente sostiene que ante la redacción del artículo 106 de la Ley 30/1992, «parece evidente que la decisión última sobre la procedencia o no de la aplicación del art. 106 dependerá del caso concreto y de los bienes jurídicos en juego, comprendiendo el precepto tanto la prescripción tributaria, como la de los derechos y obligaciones originados en el seno de las relaciones entre la Administración y el ciudadano y los derechos adquiridos en las relaciones entre particulares». Y recuerda que el Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 11 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2039), 7 de junio de 1982 (RJ 1982, 3616) y 7 de mayo de 1992 (RJ 1992, 10673), no ha dudado en dar prevalencia al principio de seguridad sobre el de legalidad.*

*En consecuencia, la existencia o no de estas circunstancias que prevé el artículo 106 de la Ley 30/1992, y que suponen una excepción del principio general de inexistencia de plazo para solicitar la revisión de los actos nulos de pleno derecho, ha de ser examinada caso por caso.*

*Un análisis de la aplicación de dicho precepto por la jurisprudencia nos indica que en los casos analizados ha existido una pasividad en el ejercicio de la solicitud de revisión de los actos nulos por quienes podían hacerla durante un largo periodo de tiempo pese a tener conocimiento de los hechos que fundamentarían la causa de nulidad alegada”.*

En el presente caso puede considerarse que la declaración de nulidad del Decreto de la Alcaldía lesiona los principios de buena fe y confianza legítima que debe presidir toda actuación administrativa (art. 3.1 LRJAP-PAC), a la vista de las circunstancias concurrentes, singularmente el hecho de que la revisión se insta más de un año después de que la funcionaria interina renunciara a su puesto. A ello se une que permaneció en el mismo durante más de ocho meses y que en este periodo, según manifiesta la interesada y no ha sido rebatido por la Administración, por parte de la Intervención se reparó su primera nómina, sin que se procediera entonces a acordar el inicio del procedimiento revisor, que sólo se ha instado, como acaba de señalarse, más de un año después de su renuncia. No es conforme a la buena fe que en estas circunstancias se proceda ahora por la Administración a la declaración de nulidad del acto.

Por todo ello, de acuerdo con los límites que a la revisión de oficio establece el art. 106 LRJAP-PAC, no es conforme a Derecho la declaración de nulidad que se persigue.

## **C O N C L U S I Ó N**

No es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución estimatoria de la revisión de oficio y en consecuencia se dictamina desfavorablemente.