



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de abril de 2014.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Mogán en relación con la *Propuesta de Resolución de la revisión de oficio del Decreto 991/2012, de 14 de mayo, relativo a la contratación laboral temporal, mediante contrato de relevo, de un conductor (EXP. 78/2014 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 Mogán, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio al objeto de declarar la nulidad del Decreto 991/2012, de 14 de mayo, de la Concejalía-delegada de Recursos Humanos, relativo a la contratación laboral temporal, mediante contrato de relevo, de un conductor.

La legitimación del Alcalde para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo, en relación el primer precepto con el art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Además, de conformidad con lo previsto en este precepto, es preciso que tal Dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar lo contrario; es decir, ha de entender conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, procediendo tal declaración al incurrir el acto sometido a revisión en la causa alegada, que se justifica suficientemente.

### II

1. Son antecedentes de interés en la presente revisión de oficio los siguientes:

---

\* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

- Mediante Decreto de la Concejala Delegada de Recursos Humanos nº 763/2012, de 13 de abril, se autorizó el pase a jubilación parcial de J.A.G.A, personal laboral de la Corporación.

En este mismo Decreto se resolvió que se procediera a la celebración de un contrato de relevo, de conformidad con la legislación vigente, a cuyos efectos se ordena al Departamento de Recursos Humanos la realización de los trámites pertinentes para la contratación de un relevista, con contrato a tiempo parcial.

- Con fecha 19 de abril de 2012, se remitió al Servicio Canario de Empleo oferta genérica de empleo para la contratación de un conductor de 1ª, con el objeto de efectuar un contrato de relevo para sustituir a J.A.G.A, que se jubilaría parcialmente el día 5 de junio de 2012.

- El 25 de abril de 2012, se dicta Decreto nº 872/2012, de la Concejala Delegada de Recursos Humanos, por el que se aprueba la lista de candidatos enviados por el Servicio Canario de Empleo, se convoca a los candidatos para la fase de méritos y oposición, a celebrar ambas el 4 de mayo, y se nombra al tribunal calificador.

Constan seguidamente dos actas del Tribunal Calificador, ambas de 4 de mayo de 2012, de valoración de las fases de méritos y de oposición, así como de las puntuaciones finales.

- Mediante Decreto nº 991/2012, de 14 de mayo, de la Concejala Delegada de Recursos Humanos, se dispone que se efectúen los trámites correspondientes para la contratación laboral temporal, mediante contrato de relevo, del aspirante que obtuvo mayor puntuación, F.J.C.G., con la categoría de conductor de 1ª y efectos de 5 de junio de 2012.

- El 21 de mayo de 2013, tiene entrada en la Viceconsejería de Administración Pública el Decreto 763/2012, de 12 de abril, por el que se autorizó el pase a jubilación parcial del trabajador al que ya se ha hecho referencia.

Con fecha 4 de junio, se insta a la Corporación la remisión del expediente administrativo del que trae causa, así como la identidad del trabajador que fue finalmente seleccionado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 56.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

Con fecha 27 de junio, recibido el Decreto 991/2012, de 14 de mayo, la Viceconsejería insta también la remisión del expediente administrativo completo del que trae causa.

- Finalmente, mediante Resolución de la Viceconsejería de Administración Pública de 9 de agosto de 2013, se requiere al Ayuntamiento para que anule el Decreto 991/2012, de 14 de mayo, por el que se aprobó suscribir un contrato de relevo con F.J.C.G., con la categoría de conductor de primera, para sustituir al trabajador al que se había concedido la jubilación parcial, con los fundamentos que más adelante se expondrán.

2. Con estos antecedentes, mediante Decreto nº 2.739/2013, de 23 de septiembre de 2013, de la Concejala Delegada de Recursos Humanos y previo informe jurídico al respecto, se resuelve iniciar el procedimiento de revisión de oficio.

En este mismo Decreto se acordó la concesión de trámite de audiencia a los interesados y la solicitud de Dictamen de este Consejo.

Esta solicitud fue no obstante inadmitida por este Consejo Consultivo por acuerdo del Pleno, de 16 de octubre de 2013, al no haberse tramitado el procedimiento y no aportarse Propuesta de Resolución. Se observó asimismo que la competencia para iniciar y resolver la revisión de oficio correspondía al Pleno de la Corporación.

3. Con fecha 4 de diciembre de 2013, tras la emisión de informe jurídico, el Pleno de la Corporación acuerda el inicio del presente procedimiento de revisión de oficio.

Consta en el expediente la concesión de trámite de audiencia a los interesados y se ha elaborado la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento en la que se propone la nulidad del acto administrativo.

Se ha solicitado finalmente el Dictamen de este Consejo Consultivo.

4. En este caso, el procedimiento ha de considerarse iniciado a instancia de la Administración autonómica, que efectuó, como ya se ha señalado, requerimiento a la Corporación municipal con fundamento en lo previsto en el art. 65 LRBRL y en el art. 23 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, que legitiman a la Comunidad Autónoma para requerir la anulación de los actos o acuerdos de la entidades locales cuando considere, en el ámbito de sus competencias, que infringen el Ordenamiento jurídico.

Así pues, como ya ha señalado este Consejo en anteriores Dictámenes (197, 203, 301 y 357/2013, entre otros), el presente es un procedimiento de revisión de oficio iniciado no por decisión de la propia Administración autora del acto sino a instancia

de otra Administración. El art. 102.5 LRJAP-PAC dispone que ese procedimiento caduca cuando transcurran tres meses desde su inicio sin dictarse Resolución expresa sólo en el supuesto de que el procedimiento se haya incoado a instancia de la propia Administración autora del acto. Si el procedimiento se inicia a instancia de otra Administración, no cabe declararlo caducado.

Se observa, no obstante, que recientemente este Consejo en su Dictamen 79/2014 ha considerado en un supuesto similar que el procedimiento se inició de oficio, pues el Ayuntamiento actuó a requerimiento de la Viceconsejería de Administración Pública del Gobierno de Canarias, quien tiene encomendada la tutela de los intereses legítimos en esta materia, con invocación del art. 69.1 LRJAP-PAC.

El artículo 65 LRBRL contempla la legitimación de la Administración autonómica para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa los actos de las Corporaciones Locales que infrinjan el Ordenamiento jurídico, si bien, con carácter potestativo, puede requerir previamente a aquéllas para que procedan a la anulación del acto.

El precepto contempla además la eventualidad de que la Administración Local rechace el requerimiento, lo que permitiría sostener que, en caso de asumirlo, el procedimiento ha de entenderse iniciado de oficio y, en consecuencia, sujeto a caducidad por aplicación del art. 102.5 LRJAP-PAC. Sin embargo, no puede obviarse que la iniciativa en este caso ha sido de una Administración diferente y que ese procedimiento se inicia en aplicación de las causas alegadas por la Administración autonómica, a las que se da respuesta, como acontece en el presente caso. Por ello, no se trata de la misma situación que aquella en la que la Corporación, de *motu proprio*, decide iniciar el procedimiento para declarar la nulidad del acto. Además, de aplicarse el instituto de la caducidad (art. 102.5 LRJAP-PAC) la Administración, que atendió el requerimiento, puede no resolver dejando transcurrir el plazo, lo que defraudaría la pretensión de la Administración autonómica.

En cualquier caso, si se estimara, en el sentido ya apuntado en nuestro anterior Dictamen 79/2014, que se ha iniciado de oficio por la Administración municipal, este Consejo habría de concluir en este caso que el procedimiento, iniciado el 4 de diciembre de 2013, se encuentra caducado, con los argumentos expuestos en el citado Dictamen, que reitera la consolidada doctrina de este Organismo en la materia.

Si por el contrario se entendiera que se ha iniciado a instancia de la Administración autonómica, con la consecuencia de que no opera la caducidad,

resulta preciso entrar en el fondo del asunto, lo que se lleva a efecto en el siguiente Fundamento.

### III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, la Administración autonómica considera que el acto es nulo de pleno Derecho por aplicación de las causas a) y e) del art. 62.1 LRJAP-PAC, por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la selección de personal y con vulneración del derecho fundamental al acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad consagrado en el art. 23.2 de la Constitución.

La nulidad se fundamenta en un doble orden de consideraciones:

Se sostiene, en primer lugar, que a los efectos de la selección del trabajador con el que se va a concertar el contrato de relevo se ha recurrido a los candidatos enviados por el Servicio Canario de Empleo, vulnerando con ello el procedimiento de contratación en el ámbito de las Administraciones públicas, que exige la convocatoria de un procedimiento de selección de acuerdo con los requisitos legalmente establecidos, entre los que se encuentra la convocatoria pública de pruebas selectivas. Señala la Administración autonómica que la preselección de personal a través del Servicio Canario de Empleo no permite eludir la convocatoria de un proceso selectivo en el que participaran los preseleccionados y, eventualmente, otros aspirantes que hubieran tenido conocimiento de la convocatoria por haberse publicado ésta.

Por otra parte, se estima que se ha vulnerado el art. 23.Uno, apartado 1, de carácter básico, de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, que prohíbe la incorporación de nuevo personal durante el ejercicio 2013, salvo la que pueda derivarse de la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores, así como el art. 23.Dos, que impide la contratación de personal temporal y el nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales. En consecuencia, dado que en el Decreto 991/2012 no se justifica la necesidad excepcional y la urgencia inaplazable que motivó la contratación y tampoco determinó la Corporación

su vinculación a los citados sectores, funciones y categorías, el acto es nulo de pleno Derecho.

La Propuesta de Resolución considera que se ha producido una infracción en el procedimiento por no cumplirse suficientemente el requisito de publicidad del proceso de contratación, lo que determina la nulidad de pleno Derecho del acto, por aplicación, por tanto, de la causa prevista en el apartado e) del art. 62.1 LRJAP-PAC.

No se acoge, sin embargo, la fundamentación de la Administración autonómica en cuanto a la imposibilidad de incorporación de nuevo personal, al estimarse que si se dan conjuntamente los requisitos señalados en el artículo 23.2 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2013 nada obsta a que mediante Decreto de la Alcaldía se determinen las circunstancias en las que se cumplen, que sí se dan en este caso.

La Propuesta no contiene pronunciamiento alguno sobre la causa prevista en el apartado a) del art. 62.1 LRJAP-PAC, también alegada por la Administración, si bien basta la apreciación de una única causa de las previstas en el citado precepto para que proceda la declaración de nulidad del acto.

2. 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 cualquier vicio jurídico no permite acudir sin más a la revisión de oficio, lo que 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 art. 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).

Pues bien, en el presente caso procede considerar que concurre la alegada causa de nulidad del acto. De conformidad con lo previsto en el art. 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (apartado 1), estableciendo su apartado 2 que las Administraciones públicas seleccionarán su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los citados principios, así como, entre otros, el de publicidad de las convocatorias y de sus bases. En el mismo sentido, se pronuncian los arts. 91.2 y 103 LRBRL, así como el art. 177.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

En el presente caso, la Administración municipal optó por recurrir para la preselección del personal al Servicio Canario de Empleo, pero no se llevó a cabo un proceso selectivo en el que, mediante la oportuna convocatoria pública, pudieran haber concurrido otras personas que reunieran los requisitos exigidos.

Se vulneró con ello las previsiones legales, que imponen que la contratación de personal laboral se efectúe mediante convocatorias públicas de pruebas selectivas.

Esta exigencia es igualmente aplicable en el caso de que se pretenda la contratación de este personal mediante un contrato de relevo, previsto en el art. 12, apartados 6 y 7 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -añadido por la Ley 40/2007-, que dispone que ha de celebrarse con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada. En estos casos, como señala la STSJ de Canarias de 30 de noviembre de 2012, el cumplimiento de este requisito no excusa, sino que debe acompañar, la exigencia de que toda contratación de empleados públicos observe los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

El acceso al empleo público requiere pues que la Administración lleve a cabo la oportuna convocatoria pública a fin de garantizar el principio de publicidad legalmente previsto, por lo que su ausencia determina la nulidad del acto por aplicación de la causa prevista en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC.

Por último, por lo que se refiere a la imposibilidad de incorporación de nuevo personal en virtud de la aplicación de lo previsto en el art. 23 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2013, esta alegación no puede tener acogida dada la inaplicabilidad del precepto a una contratación que se llevó a cabo en el año 2012.

3. Por lo que se refiere a los efectos de la nulidad del acto, la Propuesta de Resolución sostiene que el contrato de relevo sólo se extinguirá si, una vez realizado el nuevo proceso de selección, el candidato seleccionado fuera distinto del que fue inicialmente beneficiario.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que de la declaración de nulidad del acto deriva -como señala la STS de 18 de diciembre de 2007, citada en la propia Propuesta de Resolución- la extinción del contrato, que no puede continuar si se ha anulado el acto del que trae causa, pues su validez está subordinada a la del procedimiento de selección.

Se mantiene, por otra parte, que el procedimiento se ha de retrotraer al momento en que el Servicio Canario de Empleo presenta sus candidatos, para proceder a la publicación de la oferta, continuando con el resto del procedimiento. La proclamación como candidatos de los integrantes de esta lista, sin embargo, se encuentra supeditada a que en ellos concurra el requisito material de ser personas desempleadas en el momento de la convocatoria.

## CONCLUSIONES

1. Se dictamina favorablemente la declaración de nulidad del Decreto 991/2012, de 14 de mayo.

2. No obstante, por lo que se refiere a los efectos de la declaración de nulidad, se realizan determinadas observaciones en el Fundamento III.3.