



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 2 8 / 2 0 1 4

(Sección 2ª)

La Laguna, a 24 de junio de 2014.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tías en relación con la *revisión de oficio del Decreto de Alcaldía-Presidencia, de 9 de junio de 2010, de amortización de la plaza de arquitecto técnico, a instancia de J.P.F.F., aparejador funcionario de carrera (EXP. 197/2014 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 Tías con registro de entrada el 23 de mayo de 2014 en el Consejo Consultivo de Canarias, es la Propuesta de Resolución (PR, en adelante) en el procedimiento de revisión de oficio de la amortización de la plaza de aparejador que el solicitante podría haber ocupado en el Ayuntamiento de Tías a partir del 1 de enero de 2004, al estar vacante dicha plaza, tras su solicitud de reingreso efectuada el 15 de junio de 1995, con posterioridad al periodo de excedencia voluntaria que le había sido concedido.

2. La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo resultan, respectivamente, de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, el primer precepto citado, con el art. 102.1, de carácter básico, 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, se ha de entender conforme a Derecho la PR, procediendo tal

---

\* **PONENTE:** Sr. Belda Quintana.

declaración al incurrir los actos sometidos a revisión en la causa alegada por la Administración que la justifica suficientemente.

3. La revisión instada se fundamenta en el art. 62.1 LRJAP-PAC, al considerar el interesado, particularmente, que la Administración ha actuado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para amortizar la plaza de aparejador.

4. En el caso que nos ocupa son de aplicación, a parte de la citada Ley 30/1992, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante), y la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria (LFPC, en adelante).

## II

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

El afectado fue nombrado funcionario de carrera como Arquitecto Técnico municipal el 3 de mayo de 1983, constando acta de toma de posesión efectuada el 19 de mayo de 1983.

El 27 de agosto de 1986, el interesado solicitó licencia por asuntos propios desde el 1 de octubre de 1986 hasta el 31 de marzo de 1987, siendo otorgada mediante Decreto de la Alcaldía el 28 de agosto de 1986, en el que se le indicó que de no reincorporarse en dicho plazo pasaría a la situación de excedencia voluntaria.

El 27 de marzo de 1987, el interesado solicitó excedencia voluntaria por un plazo de dos años, siéndole concedida mediante acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento el 31 de marzo de 1987.

El 15 de junio de 1995, el interesado solicitó del Ayuntamiento la reincorporación a su plaza de Arquitecto Técnico municipal. Sin embargo, mediante Decreto de Alcaldía de fecha 23 de junio de 1995, fue desestimada dicha petición al no encontrarse vacante la plaza adscrita a la Oficina Técnica municipal. Dicho Decreto le fue notificado al interesado el 26 de junio de 1995, sin que conste impugnación al mismo.

El afectado, el 3 de junio de 2010, presentó escrito en el Ayuntamiento en el que alegó que no se había publicado el reglamento que regulara plazos, procedimientos y condiciones para el reingreso al servicio activo y que el citado Ayuntamiento había cercenado los últimos proyectos presentados por el afectado creándole una situación de indefensión que había perjudicado su situación económica. Todo ello basándose en

el art. 91 LEBEP -reingreso al servicio activo- que indica: “ (...) reglamentariamente se regularán los plazos, procedimientos y condiciones, según las situaciones administrativas de procedencia, para solicitar el reingreso al servicio activo de los funcionarios de carrera, con respeto al derecho a la reserva del puesto de trabajo en los casos en que proceda conforme al presente Estatuto”.

El 8 de junio de 2010 se emitió informe técnico sobre la solicitud anterior, en el que, entre otras, se señaló: “Considerando que, según el art. 29.3.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma para la Función Pública, modificada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, art. 104.c), art. 89 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 16 punto 3 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, artículo 39 punto 5, Reglamento de Funcionarios del Ayuntamiento de Tías, artículos 3 y 4, establece que no se podrá permanecer en excedencia voluntaria por interés particular menos de dos años continuados, ni más del número de años equivalente a los que el personal funcionario acredite haber prestado en cualquiera de las Administraciones Públicas, con un máximo de quince y que la falta de petición de reingreso al servicio activo dentro del periodo de la duración de la excedencia voluntaria por interés particular comportará la pérdida de la condición de funcionario.

*Que en la actualidad la plaza de Arquitecto Técnico en régimen de funcionario de carrera que este funcionario ocupaba está amortizada.*

*Que según lo arriba expuesto, este trabajador ha perdido la condición de funcionario por no haber presentado en el momento de agotar la situación de excedencia voluntaria por interés particular solicitud de reincorporación, sino 6 años más tarde, y haber permanecido en esta situación más del número de años equivalentes a los trabajados en la Administración Pública, y además por estar amortizada dicha plaza”.*

El 9 de junio de 2010, se emitió el Decreto de Alcaldía denegando la reincorporación al puesto de trabajo del interesado, debidamente notificado el 17 de junio de 2010 y sin que conste que el mismo fuera impugnado. En el citado Decreto se fundamentaba la pérdida de la condición de funcionario del interesado, según lo expuesto en el informe anterior.

El 1 de diciembre de 2010, el afectado alegó mediante escrito que tenía conocimiento fehaciente que en la plantilla de personal funcionario aprobada junto a los Presupuestos de 2004 quedó vacante una plaza de Aparejador, sin que constara que tal plaza hubiera sido amortizada en ejercicios posteriores y que al haber omitido el Ayuntamiento el requisito de notificación de la vacante y no haberse producido el acto administrativo de amortización de la plaza existía un defecto formal y material, por lo que solicitaba que se incluyera la plaza de Aparejador o Arquitecto Técnico en la plantilla de personal funcionario de carrera a aprobar conjuntamente con los Presupuestos de esa Corporación en el ejercicio económico de 2011, y que se le ofreciera dicha plaza al interesado.

El día 7 de febrero de 2011, el afectado presentó nuevo escrito -tras conocer los Presupuestos de Gastos de la citada Corporación Local para el ejercicio correspondiente al año 2011, publicado en fecha 17 de enero de 2011- mediante el que manifestó que no habiéndose aprobado la plantilla de personal funcionario para el año 2011, que es exigible, y habiendo presentado el 1 de diciembre de 2010 solicitud de subsanación de defecto de forma de esa plantilla desde el año 2004, procedía a la impugnación de la aprobación de los Presupuestos de Gastos para el año 2011 por carecer de la preceptiva y legal plantilla de personal funcionario de 2011, o bien la expresa aprobación de la misma conforme a la solicitud que realizó el 1 de diciembre de 2010. Por ello, el 11 de febrero de 2011, el Alcalde del citado Ayuntamiento, mediante escrito, le reitera el Decreto de 9 de junio de 2010, sobre la denegación de la reincorporación a su puesto de trabajo al haber perdido la condición de funcionario.

El 5 de diciembre de 2011, el afectado solicitó la declaración de nulidad del acto administrativo porque carecía de motivación y por sentirse discriminado en su empleo público una vez tuvo acceso al mismo [art. 62.1.a) y e) LRJAP-PAC], que declaró amortizada la plaza referida en el año 2005, ya que ésta podría haber sido ocupada por el afectado entre el periodo desde que solicitó la reincorporación hasta el 1 de enero de 2004, fecha última en la que estuvo vacante; la nulidad contra el acto sobre la no readmisión para la ocupación del citado puesto de trabajo en base al art. 62.1.a), d) y e) LRJAP-PAC, al haber estado vacante en el año 2004, sin que al interesado le fuera notificado dicho dato estando pendiente desde el año 1995; nulidad del Decreto de Alcaldía de 9 de junio de 2010, en base al art. 62.1.d) y e) de la citada ley, pues el Decreto de Alcaldía se fundamenta, entre otras, en el Reglamento del Ayuntamiento de Tías que es inferior en jerarquía a las demás leyes

citadas que le conceden 10 años para estar en excedencia voluntaria, estando por tanto dentro de plazo su solicitud de reingreso al servicio funcional.

Mediante oficio de 17 de febrero de 2012, notificado el 24 siguiente, se inadmitió a trámite la solicitud de revisión de oficio, basándose el Ayuntamiento en el informe técnico emitido el 23 de enero de 2012, mediante el que se indicó que no se apreciaban causas de nulidad del art. 62.1 LRJAP-PAC.

Debido a lo actuado por el Ayuntamiento de Tías, el afectado interpuso demanda contra el Ayuntamiento de Tías ante el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2, de Las Palmas de Gran Canaria el 26 de abril de 2012, mediante el que solicitó el reingreso al servicio activo con efectos económicos y administrativos a contar desde el día 1 de enero de 2004. En la demanda solicitó la nulidad de los actos antedichos y de la Resolución de inadmisión a trámite y consecuente desestimación de la solicitud de declaración de nulidad por el procedimiento de revisión de oficio.

El 7 marzo de 2013, el Juzgado citado dictó sentencia estimando la procedencia de iniciar el procedimiento de revisión de oficio, por lo que condena al Ayuntamiento de Tías a dar una respuesta expresa a la petición de revisión del acto impugnado, previos los trámites que sean procedentes y sin dejar caducar el procedimiento que se inicie.

El Ayuntamiento interpuso recurso de apelación, que se resolvió mediante Sentencia de 27 de diciembre de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (TSJC), que manifestó lo siguiente: “ (...) en numerosas ocasiones ha advertido sobre la necesidad de utilización de esta posibilidad por la Administración de inadmisión de forma restrictiva y con las mayores cautela como única forma de conciliar el derecho del recurrente a la revisión de un acto que puede vulnerar abiertamente la legalidad con el principio de seguridad jurídica, lo cual es plenamente compatible con una posible respuesta desestimatoria sobre la procedencia de la revisión de acto nulo, si bien para ello deberá contar la Administración con el informe del Consejo Consultivo y con las alegaciones del propio interesado, de forma que es, a la vista de este material, cuando podrá dar esa respuesta en uno u otro sentido, siendo lo decisivo que no era posible en un momento inicial pues no existía evidencia de la falta de fundamento de la solicitud (...) ”; desestimándose, en consecuencia, el recurso de apelación.

Finalmente, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 requirió al Ayuntamiento, el 14 de febrero de 2014, la ejecución de la sentencia firme dictada en su día.

2. Una vez notificada la Sentencia del TSJC y el requerimiento del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Las Palmas para la ejecución de la sentencia, con fecha 24 de marzo de 2014 se emite informe-propuesta sobre los actos que se cuestionan en la solicitud de revisión de oficio, entrando en el fondo de los mismos y argumentando las razones por las que procedería la desestimación de la citada revisión de oficio.

El 31 de marzo de 2014, se adoptó Acuerdo por el Pleno de la Corporación Local mediante el que se da inicio al procedimiento de revisión de oficio, que fue notificado oportunamente al interesado. Igualmente, el día 16 de abril se publicó en el BOP de Las Palmas la aprobación inicial del expediente revisión de oficio, aun cuando este trámite no es necesario.

Continuando con el procedimiento, el día 11 de abril de 2014 se notificó al interesado el trámite de vista y audiencia del expediente, al objeto de que pudiera presentar las alegaciones que estimara por convenientes. En cumplimiento de dicho trámite, el interesado presentó escrito de alegaciones con fecha 28 de abril de 2014, en el que se hace alusión y responde al informe-propuesta de 24 de marzo de 2014 (alegaciones tercera y siguientes), proponiendo, igualmente, determinada prueba documental.

3. No obstante, con posterioridad a la presentación de las alegaciones por el interesado, no existe Propuesta de Resolución, que debe ser el objeto del presente dictamen.

### III

1. Pues bien, siendo cierto que es preceptiva la solicitud de dictamen en este tipo de procedimiento, sin embargo dicha solicitud ha de producirse necesaria e insubsanablemente antes de que se resuelva y, más concretamente, sobre la Propuesta de acto resolutorio.

Así, dado el carácter consultivo del dictamen, la función en la que se formaliza éste no es jurisdiccional ni asesora y, por ende, tiene carácter previo al acto resolutorio del procedimiento, debiendo ser su objeto la correspondiente Propuesta, aunque con el contenido propio de tal acto, proponiéndola el instructor al decisor del procedimiento.

Efectivamente, en concordancia con lo previsto en los ya mencionados arts. 1.1. 3.2, 11 y 12 de la Ley 5/2002, así como en los concordantes del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Organismo, el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP), dispone explícitamente que el objeto del dictamen a recabar, como trámite esencial cuya omisión genera invalidez del acto que se dicte, según ha advertido reiteradamente este Organismo (por todos, Dictamen 187/2013, de 21 de mayo) y determinan constantes decisiones de los Tribunales y, en particular, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, es el proyecto del antedicho acto, la PR del procedimiento, que ha de tener el contenido previsto en el art. 12.1 RPAPRP y, por ende, en el art. 89 LRJAP-PAC.

En este sentido, la solicitud de dictamen ha de producirse una vez culminada la instrucción del procedimiento, en todos y cada uno de sus trámites y a los efectos de lo previsto en el art. 78.1 LRJAP-PAC, incluyendo contestación razonada a las alegaciones del interesado producidas en la tramitación, particularmente en el trámite de vista y audiencia, en su caso.

2. Vista la tramitación efectuada del procedimiento de revisión de oficio, expuesta en el Fundamento anterior, no procede en este caso entrar en el fondo del asunto planteado por existir irregularidad en la tramitación del mismo, pues no existe Propuesta de Resolución tras la celebración del trámite de vista y audiencia del expediente, en la que se de respuesta cabal a todas y cada una de las alegaciones efectuadas y se pronuncie sobre la eventual nulidad de los actos administrativos afectados. En todo caso, dado que el interesado en su escrito de alegaciones ha propuesto prueba, previamente debe acordarse lo procedente sobre la misma.

3. En consecuencia, ha de retrotraerse el procedimiento al momento inmediatamente posterior a la presentación del escrito de alegaciones efectuada el 28 de abril de 2014 por el interesado, acordándose los trámites de instrucción que procedan y formulándose la correspondiente PR, con el contenido que ya se ha señalado.

Elaborada dicha PR y concluida la instrucción del procedimiento, habrá de solicitarse nuevamente dictamen a este Consejo sobre la citada PR.

## **C O N C L U S I Ó N**

Procede la retroacción del procedimiento en los términos indicados en el Fundamento III.