



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 426/2017

(Sección 2ª)

La Laguna, a 14 de noviembre de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de las Bases Generales que habrán de regir el proceso de funcionarización de las plazas del personal laboral fijo pertenecientes a la plantilla del personal laboral de la Gerencia Municipal de Urbanismo, aprobadas por el Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife, en sesión celebrada el día 17 de enero de 2014 (EXP. 379/2017 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio, iniciado a los efectos de declarar la nulidad de las Bases Generales que habrán de regir el proceso de funcionarización de las plazas del personal laboral fijo pertenecientes a la plantilla del personal laboral de la Gerencia Municipal de Urbanismo.

La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo resultan 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 con el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

Según el art. 106.1 LPACAP el Dictamen debe ser favorable a la declaración de nulidad perseguida, por lo que si es desfavorable la Administración no puede revisar el acto.

2. La revisión se fundamenta en el art. 47.1.e) LPACAP, al considerar que el acto de referencia se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

II

1. Del expediente resultan los siguientes antecedentes de interés:

- El Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife, en sesión ordinaria celebrada el viernes día 17 de enero de 2014, acordó aprobar las Bases Generales que habrán de regir en los procesos de funcionarización de las plazas del personal laboral fijo pertenecientes a la plantilla del personal laboral de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

Estas Bases fueron publicadas en el Boletín Oficial de la Provincia nº 41, de 26 de marzo de 2014.

- Tras la aprobación de estas Bases Generales y con ocasión de la tramitación de las bases específicas, aprobadas en aplicación de las mismas, para los procesos de funcionarización de las plazas de personal laboral pertenecientes a la categoría profesional de Ingeniero Técnico Industrial, Licenciados en Derecho, Arquitectos Técnicos y Técnicos de Archivo, se emitieron los siguientes informes, de interés en el presente asunto:

1. Informe de 27 de agosto de 2014, de la Viceconsejería de Administración Pública del Gobierno de Canarias, en el que, tras exponer la naturaleza jurídica de los procesos de funcionarización, sus requisitos y presupuestos, determina:

«Tercero.- Criterios de aplicación a los procesos de funcionarización, tras la entrada en vigor del EBEP.

El proceso de funcionarización que ha diseñado la Gerencia Municipal de Urbanismo se ajusta a las reglas tradicionales emanadas de la Ley 32/1984, de 2 de agosto y disposiciones de desarrollo.

Así, particularmente, la base general segunda, apartado 2.1, letra a), establece como requisitos de acceso "Ostentar la condición de personal laboral fijo de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/1987, de 13 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, desempeñando funciones o

puestos clasificados, en el documento técnico de clasificación de los puestos de trabajo, como propios de personal funcionario y encontrarse en situación de servicio activo. Así mismo, se entenderán que cumplen estos requisitos quienes estén en situación de excedencia con reserva de puesto”.

Sin embargo, esta Dirección General tiene conocimiento de que la Administración General del Estado, con ocasión del ejercicio de la competencia de control de legalidad de los actos y acuerdo de las entidades locales, ha fijado nuevos criterios de aplicación de los procesos selectivos de funcionarización que han supuesto un cambio absoluto de paradigma respecto del modelo anterior diseñado por la referida Ley.

Así, la Administración General del Estado considera que, desde la promulgación del EBEP, los procesos de funcionarización no pueden articularse con el mismo procedimiento y reglas jurídicas que con anterioridad a su entrada en vigor, como procedimiento restringido dirigido “ad hoc” al personal laboral fijo, de acuerdo con reiterada jurisprudencia. Estima que, tras la entrada en vigor del EBEP, el criterio ha de ser otro, porque carece de sentido el diseño de procesos de dudosa legalidad constitucional, por restringirse solo al personal laboral fijo. Para la Administración General del Estado, el proceso de funcionarización ha dejado de ser un procedimiento transitorio de incorporación a la condición de funcionario, para pasar a ser un “proceso permanente de acceso a la condición de funcionario”. Más aún, no solo “permanente”, sino también la califica de una vía de acceso ordinaria”, si bien matiza que lo es para todo el personal laboral fijo que tenga tal condición con anterioridad al 13 de mayo de 2007, es decir, a la fecha de entrada en vigor del EBEP.

Para la Administración General del Estado, la disposición transitoria segunda del EBEP no contempla el desarrollo de procesos exclusivamente dirigidos al personal laboral fijo, sino que lo articula a través de la totalidad de los procesos selectivos de promoción interna dirigida a la cobertura de plazas reservadas a funcionarios.

Así pues, la funcionarización ha dejado de ser un proceso restringido. Las convocatorias deben estar abiertas no solo al personal laboral fijo sino también a los funcionarios de carrera de la respectiva Administración, quienes podrán acceder a los procesos, en cuanto titulares del derecho a la promoción interna. Para el personal laboral fijo sería una promoción interna horizontal, pues viene vedada la promoción interna vertical cruzada a un cuerpo o grado superior. En todo caso, las convocatorias han de ser respetuosas con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Para convocar los procesos de promoción interna, la Administración deberá crear previamente las plazas de funcionarios -lo que provocará una dualidad de plazas de funcionarios y plazas de laboral-, habrá de incluirlas en la oferta de empleo público correspondiente, sin que resulte de aplicación la tasa de reposición de efectivos al tratarse

de una promoción interna y todo ello sin que suponga incremento del Capítulo I del presupuesto.

En el modelo, por el que parece optar la Gerencia que, como se ha indicado, trae causa en la Ley 30/1984, de 2 de agosto -y que reproduce la disposición adicional séptima de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria y el artículo 29 de la Ley territorial 2/2002, de 27 de marzo-, no se prevé la creación de nuevas plazas y puestos de trabajo, sino la readscripción del trabajador al puesto preexistente, cuyo vínculo ha cambiado y, tampoco, la inclusión de las plazas a la oferta de empleo público».

2. - Informe de 27 de agosto de 2015, de la Dirección General de Recursos Humanos, con el siguiente tenor literal:

«De la lectura de las referidas bases se desprende con claridad que las mismas no se ajustan al informe emitido por el Servicio de Recursos Humanos el 15 de noviembre de 2013 (se adjunta copia) en lo relativo a las siguientes cuestiones (tal como figura en los apartados 8 y 9 de dicho informe):

No figura en la base correspondiente a "Requisitos que deben reunir los aspirantes", la titulación o titulaciones que habilitan para el acceso a la plaza, debiendo figurar las mismas.

Se incumple lo establecido en el artículo 8.2 y 8.3 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las Reglas Básicas y Programas Mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la administración local.

Asimismo, del análisis del contenido del expediente se concluye que tampoco se ajustan a los informes emitidos por la Dirección Técnico Jurídica de la Gerencia Municipal de Urbanismo y por la Viceconsejería de Administración Pública del Gobierno de Canarias.

A la vista de lo anterior, debe ser esa Gerencia Municipal de Urbanismo la que determine las actuaciones a emprender».

3. - Informe de 28 de septiembre de 2015 de la Asesoría Jurídica Municipal, en el que se estima que del examen de las bases aprobadas y de los informes recaídos se deduce que el proceso de funcionarización aprobado es un acto contrario al ordenamiento jurídico que puede dar lugar a la adquisición de facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición. Concluye por ello que procede revisar de oficio las Bases de funcionarización y los trámites sustanciados en los procesos selectivos que se siguieron conforme a las mismas, con suspensión de estos procedimientos selectivos.

4. Informe de 19 de octubre de 2015, de la Dirección Técnico Jurídica de la Gerencia Municipal de Urbanismo, que concluye en la procedencia de declarar la nulidad de las bases específicas.

2. Con estos antecedentes, mediante Acuerdo del Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo, adoptado en sesión ordinaria celebrada el 23 de junio de 2017, se acuerda la incoación del procedimiento de revisión de oficio de las referidas Bases Generales, al estimar que concurre la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.e) LPACAP.

Consta en el expediente que este Acuerdo fue notificado a los interesados, a quienes se concedió asimismo trámite de audiencia, en el que presentan alegaciones por las que se oponen a la revisión de oficio.

Se ha elaborado asimismo la Propuesta de Resolución, dirigida a declarar la nulidad de las Bases Generales con fundamento en la referida causa.

Consta asimismo que, una vez elaborado el informe-propuesta de resolución, el mismo fue sometido a la consideración del Consejo Rector que, en sesión celebrada el 22 de septiembre de 2017, acordó desestimar las alegaciones presentadas, decretar la nulidad de las Bases Generales, solicitar el Dictamen de este Consejo y, finalmente, la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento. Este Acuerdo sin embargo no puede ser entendido como el acto que finaliza el procedimiento, en tanto que decreta la nulidad, pues su contenido evidencia que su finalidad es la de solicitar el pronunciamiento de este Organismo. No obstante, no deja de advertirse la irregularidad que supone un acuerdo con tal contenido, pues si bien nada obsta a que en el mismo se reproduzca el informe-propuesta, el «acuerdo» debe limitarse a la referida solicitud y no «decretar la nulidad», que es el contenido propio de un acuerdo finalizador del procedimiento.

3. Las Bases cuya declaración de nulidad se pretende fueron aprobadas por el Consejo Rector de la Gerencia Municipal de Urbanismo, en ejercicio de sus competencias en materia de personal [art. 8.n) de los Estatutos]. Por ello, es también este último órgano el competente para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio.

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, la pretendida nulidad se fundamenta en la causa prevista en el apartado e) del art. 47.1 LPACAP, entendiendo pues la Administración que las Bases Generales se aprobaron prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Sostiene a estos efectos la Administración, con cita del art. 23 de la Constitución y de jurisprudencia constitucional, que al haberse configurado en las Bases unas pruebas restrictivas dirigidas al personal laboral afectado, se ha prescindido absolutamente del procedimiento, ya que el citado precepto constitucional requiere la convocatoria de unas pruebas libres y abiertas que garanticen el acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

Por su parte, los interesados en este procedimiento presentan todas alegaciones de igual contenido, en el siguiente sentido:

- La línea argumental del acuerdo de inicio del procedimiento parte de la premisa de que se trata de pruebas de acceso, razonamiento de todo punto erróneo, pues las bases generales están dirigidas a posibilitar un cambio en la naturaleza jurídica del vínculo de integración del personal laboral fijo, a fin de transformar la condición del mismo a personal funcionario. No se trata por tanto de pruebas de acceso a la Función Pública que determinarían el carácter *ex novo*, pues los empleados públicos a los que se dirigen las bases ya superaron los correspondientes procesos selectivos de ingreso que a tal efecto convocó la Administración.

- Ciertas funciones están reservadas con carácter exclusivo a personal funcionario, siendo práctica habitual que tales funciones sean desarrolladas por personal laboral. Por tanto, en relación con este personal el proceso de funcionarización se dirige no a posibilitar el acceso a la función pública sino a ajustar a Derecho las actuaciones realizadas por el mismo, pese a que por expreso mandato legal se encuentren reservadas a personal funcionario.

- De la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 7/2007, hoy recogida en el Texto Refundido 5/2015 se desprende con claridad, no sólo que no se trata de un proceso de acceso a la Función Pública, sino que su sentido último es corregir la anomalía implícita en el hecho de que el personal laboral desarrolle funciones reservadas por ley a personal funcionario y que coexisten regímenes jurídicos distintos, laboral y estatutario, para empleados públicos que desarrollen idénticas funciones.

- La naturaleza jurídica de los procesos de funcionarización es la de un sistema de promoción interna de carácter horizontal [artículo 16.3.d) TR 5/2015], siendo preciso, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda del Estatuto Básico del Empleado Público, la previa aprobación de las bases reguladoras, teniendo lugar con carácter voluntario y atendiendo a las pruebas por las cuales se accedió a la categoría profesional, con plena cobertura en la citada Disposición Transitoria.

- De la argumentación sostenida por la Gerencia se desprende que el principio de libre acceso consagrado por el artículo 23.2 CE comportaría la imposible existencia de procesos de promoción interna, que necesariamente implican la restricción a personal que reúna unos determinados y concretos requisitos. La promoción interna no solo se reconoce por el Derecho positivo sino que además se convoca con frecuencia por la Administración.

- La argumentación del acuerdo adoptado por el Consejo Rector incorpora una reseña jurisprudencial en su apoyo que se estima inadecuada, por no referirse a los procesos de funcionarización del personal laboral.

- Los interesados cumplen los requisitos establecidos legalmente para acceder a la funcionarización, al tratarse de personal laboral fijo en el momento de la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público.

2. El análisis de la adecuación a Derecho de la declaración de nulidad que se propone exige considerar ante todo que la revisión de oficio de los actos administrativos constituye un cauce 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. Por ello ha de ser necesariamente objeto de una interpretación restrictiva.

Ha de advertirse en este sentido, como tantas veces se ha señalado por este Consejo Consultivo y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la revisión de oficio supone el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. 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, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (Dictámenes de este Consejo 438 y 446/2016, de 27 de diciembre, 23/2017, de 24 de enero, 43/2017, de 8 de febrero, 79/2017, de 15 de marzo, entre los más recientes, que reiteran anteriores pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

La declaración de nulidad ha de analizarse pues partiendo de este carácter restrictivo de los motivos de nulidad, pues la revisión de oficio no es en modo alguno

un cauce para decidir cuestiones que debieran haber sido resueltas por las vías de impugnación ordinarias.

Por otra parte y en cuanto a la específica causa de nulidad alegada, el art. 47.1.e) LPACAP, que recoge en idénticos términos las previsiones del derogado art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se refiere a los actos en los que se haya obviado total y absolutamente el procedimiento establecido.

En relación con esta causa, ha señalado de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el motivo de prescindir absolutamente del procedimiento establecido no hace referencia a todos aquellos actos que sean dictados incurriendo en un vicio procedimental –actos que por regla general serán simplemente anulables– sino solo a aquellos cuya omisión haya tenido lugar con olvido total del procedimiento legalmente establecido. Este olvido total y absoluto del procedimiento establecido tampoco se identifica en todos los casos con la ausencia de todo procedimiento, pues normalmente se produce un cierto *iter* procedimental, por rudimentario que éste sea, en el actuar de los órganos administrativos. La expresión legal hay que referirla pues no sólo al supuesto en que el acto se produce sin la instrucción previa de procedimiento alguno, sino también a la omisión de los trámites esenciales, integrantes de un procedimiento determinado, y a aquellos casos en que la Administración ha observado un procedimiento total y absolutamente distinto al concreto establecido en la Ley (SSTS de 21 de marzo de 1988, 29 de junio de 1990, 31 de enero de 1992, 28 de diciembre de 1993, 15 de junio de 1994, 17 de noviembre de 1998, 17 de marzo de 2000, entre otras).

3. En este caso, la argumentación de la Administración, si bien parte de la invocación del art. 47.1.e) LPACAP, se centra sin embargo en la vulneración del art. 23.2 de la Constitución, al prever las Bases un procedimiento restringido para la funcionarización del personal laboral.

No obstante, procede señalar que la causa de nulidad prevista en el citado artículo se construye a la cuestión de si el acto administrativo afectado, en este caso las Bases Generales, se ha aprobado mediando una ausencia total y absoluta de procedimiento. No afecta pues esta causa al contenido del acto.

La cuestión de dilucidar si la Disposición Transitoria Segunda del Estatuto Básico del Empleado Público da cobertura legal a procedimientos restringidos o limitados únicamente al personal laboral fijo y si por ello se vulnera o no el art. 23 CE no es una cuestión relativa al procedimiento de aprobación de las Bases, sino una cuestión

de fondo. Aquella causa de nulidad debe pues relacionarse, no con lo que pretende el acto pretendidamente viciado de nulidad (la funcionarización del personal laboral), sino con el acto mismo. Las Bases podrían no ajustarse a la legalidad o prever un procedimiento contrario a las normas legales de aplicación, pero este vicio de nulidad del art. 47.1.e) no atañe a la legalidad del procedimiento que las Bases inician, sino al procedimiento que finaliza con ellas. Bajo esta causa, pues, habría que determinarse que se prescindió total y absolutamente del procedimiento previsto para que se procediera a la aprobación de tales Bases, cuestión sobre la que nada dice la Propuesta de Resolución. Tampoco procede que este Consejo emita pronunciamiento alguno sobre ello, dado que este expediente no ha sido remitido con ocasión de la solicitud de este Dictamen.

En consecuencia, dada la inaplicación de la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.e) LPACAP en los términos sustentados por la Propuesta de Resolución, procede dictaminar desfavorablemente la pretendida declaración de nulidad.

C O N C L U S I Ó N

Por los motivos expresados en el Fundamento III, se dictamina desfavorablemente la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio iniciado a los efectos de declarar la nulidad de las Bases Generales que habrán de regir el proceso de funcionarización de las plazas del personal laboral fijo pertenecientes a la plantilla del personal laboral de la Gerencia Municipal de Urbanismo, aprobadas por el Consejo Rector en sesión celebrada el 17 de enero de 2014.