



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 3 8 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 11 de abril de 2018.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Agaete en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del Decreto 1050/2017, de 4 de octubre, a fin de que se proceda a la declaración de nulidad (EXP. 93/2018 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 Agaete, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio, al objeto de la declaración de nulidad del Decreto 1050/2017, de 4 de octubre, por el que se acordó la contratación de (...) como auxiliar de ayuda a domicilio, en virtud de contrato eventual por circunstancias de la producción, desde el día 4 de octubre de 2017 hasta el día 3 de enero de 2018.

La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde del Ayuntamiento de Agaete 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).

2. La revisión se fundamenta en el art. 47.1, apartados a) y e) LPACAP, al considerar que el acto de referencia lesiona los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y que se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

II

1. Del expediente resultan los siguientes antecedentes de interés:

- Mediante informe del Concejal de Personal, de fecha 19 de septiembre de 2017, se solicita que se proceda a la publicación de seis ofertas de empleo -que se adjuntan- a efectos de cubrir los servicios para el correcto funcionamiento de los servicios municipales. En consecuencia, se procedió a ejecutar la Oferta de Empleo en la misma fecha.

- Consta Certificado de publicación de las ofertas de empleo en un tablón de anuncios, de fecha 24 de septiembre de 2017.

- Se presentaron 23 solicitudes en relación con el empleo ofertado. Una comisión municipal realizó el proceso de selección de los aspirantes presentados.

- Con fecha 4 de octubre de 2017 se aprueba Decreto del Alcalde en virtud del cual resultó contratada eventualmente como auxiliar de ayuda a domicilio (...), de acuerdo con el Acta de selección de fecha 2 de octubre de 2017.

- En fecha 11 de diciembre de 2017, por la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad, en nombre de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Ayuntamiento de Agaete en relación con la citada Resolución 1050/2017. En la subsiguiente demanda, de 28 de diciembre de 2017, se insta la nulidad de tal resolución, al considerar que se ha procedido a la contratación de personal laboral eventual sin que, previamente, se hubiera convocado el preceptivo proceso selectivo de acceso -sin aprobar las bases por las que se rigieran- y sin la correspondiente publicidad, lo que supone la vulneración de lo dispuesto en los arts. 55 y ss. del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP), arts. 91.2 y 103 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), art. 177.1 y 2 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRLRBL), en el art. 35.1 del Decreto 364/1995, de 10 de marzo y fundamentalmente en los arts. 23.2 y 103.3 CE.

Los citados preceptos establecen que la contratación de personal laboral se efectúe mediante convocatorias públicas de pruebas selectivas, en las que quede garantizada la concurrencia de todos los ciudadanos que cumplan con los requisitos de titulación y demás condiciones que se determinen en las convocatorias, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como de publicidad.

- En el Decreto emitido por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 3 en fecha 8 de enero de 2018 consta que la Administración recurrente también solicitó la suspensión de dicha Resolución hasta que se declarase la nulidad de la misma, como medida cautelar [art. 131 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA)], a lo que se opuso el Ayuntamiento demandado.

- En fecha 23 de enero de 2018, se emite Auto por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 3, mediante el que se desestima la medida cautelar solicitada, al consistir ésta en la suspensión del contrato de trabajo, pues el mismo ya había sido ejecutado y finalizado en consecuencia.

- En fecha 5 de febrero de 2018, se emite Resolución de Alcaldía, visto el informe-propuesta de Secretaría, mediante el que se acuerda la iniciación del procedimiento de revisión de oficio al objeto de declarar la nulidad de su propio acto -Decreto 1050/2017-, sin necesidad de una declaración judicial. Todo ello de conformidad con el informe del Servicio Jurídico de la citada Corporación. Además, se concede el trámite de audiencia a la interesada, correctamente notificado, a efectos de que presente las alegaciones oportunas.

- Dando respuesta favorable a solicitud previa del Ayuntamiento de Agaete, la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad comunicó a éste (Registro de Entrada 20 de enero de 2018) que en aras al principio de colaboración que rige las relaciones interadministrativas y a fin de evitar el mantenimiento de la acción jurisdiccional entre Administraciones Públicas, en el supuesto de que se atendiera la solicitud de anulación con los efectos legales pertinentes, aunque se realice con posterioridad a la impugnación, por parte de la citada Consejería se iniciaría el desistimiento de la acción jurisdiccional por la existencia de satisfacción extraprocesal.

- Atendiendo lo solicitado por el Ayuntamiento, y «hasta que se resuelva este procedimiento de revisión de oficio», el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3, después de dar traslado de la misma a la parte actora y de recibir su conformidad, emite el Decreto de 20 de febrero de 2018, acordando la suspensión del proceso por un plazo de treinta días.

- Se ha formulado finalmente la Propuesta de Resolución el 28 de febrero de 2018, declarando la nulidad de pleno derecho del Decreto nº 1050/2017, de 4 de octubre, para la que se solicita el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias. Igualmente, es notificada a las partes interesadas del procedimiento.

2. La Resolución nº 1050/2017, de 4 de octubre, cuya revisión ahora se insta, fue dictada por el Alcalde del Ayuntamiento de Agaete. Por consiguiente, la competencia para resolver el presente procedimiento de revisión de oficio corresponde a este último, de conformidad con el art. 31.1 o) de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de municipios de Canarias.

III

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 judicial, 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 restrictiva, sin que pueda convertirse en una vía ordinaria de impugnación de los actos administrativos firmes, como ya indicamos, entre otros, en nuestro Dictamen 116/2014.

2. Como reiteradamente ha señalado este Consejo Consultivo, ha de advertirse, ante todo, que la revisión de oficio es una vía extraordinaria contra actos que pongan fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, 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. Por ello, debe ceñirse la revisión de oficio a las causas tasadas del art. 47.1 LPACAP cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva, sin que sea ésta una vía de impugnación de actos anulables.

3. A mayor abundamiento, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo seguida por este Consejo Consultivo, los actos administrativos firmes sólo pueden expulsarse del Ordenamiento jurídico cuando se produzca la nulidad radical, esto es, mediante la aplicación rigurosa que debe verificarse de la revisión de oficio prevista en el art. 106.1 LPACAP. Por ello, es preciso tener en cuenta la naturaleza extraordinaria del procedimiento revisor con arreglo a las causas estrictamente tasadas recogidas en la legislación aplicable.

4. La finalidad de dicho procedimiento no es otra que evitar que en el Ordenamiento jurídico existan actos administrativos que, estando afectados por alguna causa de nulidad de pleno derecho, no hayan sido recurridos en plazo,

pudiendo iniciarse el procedimiento de oficio por propia iniciativa de la Administración Pública afectada o bien solicitar entonces el interesado a la Administración que declare de oficio la nulidad de un acto administrativo (véase, entre otros, el Dictamen 392/2013).

IV

1. En el caso que se nos plantea el acto que se pretende anular pone fin a la vía administrativa, y ha sido recurrido en plazo ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con causa suspendida por treinta días y «hasta que se resuelva el procedimiento de revisión de oficio». Esta última circunstancia plantea la cuestión de si cabe la objeción de la litispendencia como obstativa de la iniciación de un procedimiento de revisión de oficio.

El Consejo de Estado, en su Dictamen 1898/1994, de 3 de noviembre, que confirma anterior doctrina en la cuestión, afirma en su FJ 4º:

«La existencia de un recurso contencioso-administrativo contra el mismo acto que se pretende revisar plantea, con carácter previo a cualquier otra consideración, la situación de pendencia jurisdiccional que afecta a esta revisión de oficio; cuyo examen ha abordado este Alto Cuerpo en situaciones similares, recordando aquel principio general, consagrado por las leyes procesales y aceptado sin discusión alguna por la doctrina y jurisprudencia, en virtud del cual cuando un asunto se encuentra "sub iudice", ningún otro Juez o Tribunal puede entrar a conocer del mismo; en cuyo fondo subyace el principio "non bis in idem", que se proyecta en las dos clásicas excepciones de "litispendencia" (ningún otro proceso simultáneo sobre al asunto) y de "cosa juzgada" (ninguna otra decisión sobre lo ya decidido).

El problema que se suscita -según razonaba el dictamen nº 51.914, de 2 de noviembre de 1989, de este Consejo- "es el de decidir si esta misma regla de "cierre procesal" y la absorción plena de toda la competencia para conocer del asunto por parte del juzgador llamado a decidir un determinado pleito, debe también aplicarse en los procedimientos administrativos y, concretamente, en el procedimiento de revisión de oficio (...) La respuesta necesariamente tiene que ser afirmativa, por muchas razones. En primer lugar, porque el fundamento último del principio (ahorrar esfuerzos procesales innecesarios y evitar posibles fallos contradictorios) es igualmente válido y aplicable en los procedimientos administrativos".

Añadía que, por otra parte, "si los órganos jurisdiccionales que están llamados a decir la última palabra en punto a la legalidad de los actos administrativos (artículo 106 de la Constitución) tienen que sujetarse a esta regla inexorable del "non bis in idem", no hay ninguna razón para que la Administración, al hacer uso del privilegio que la Ley le otorga de

revisar en primera instancia la legalidad de sus propios actos, disponga de mayores facultades que los propios órganos jurisdiccionales que son los que tiene que decidir en última instancia".

Concluía en este sentido el dictamen citado alegando que "el procedimiento administrativo está regido por unos principios análogos, cuando no idénticos, a los que se aplican en los procesos judiciales; y con mayor razón cuando se trata de los procedimientos revisores que regulan los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo (hoy 102 y 103 de la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992) que son "quasi judiciales". Alega, finalmente, que la pendency de un proceso judicial interfiere la firmeza del acto enjuiciado, sin perjuicio de su ejecutividad, si no se produce un acuerdo expreso de suspensión de la ejecución.

Un dictamen posterior -el nº 1.487/93, de 28 de diciembre pasado-, agrega que es cierto que la litispendencia es una figura propia del proceso judicial y en él, en la doctrina y jurisprudencia, ha recibido su construcción, definiendo sus perfiles. Se daría, pues, litispendencia cuando la misma pretensión que se formula en un proceso está siendo conocida ya por otro órgano jurisdiccional, y aquí la interrelación es entre un proceso jurisdiccional y un procedimiento administrativo de revisión, y aún podría añadirse que los ámbitos de la "cognitio" no son, en uno y otro, necesariamente coincidentes. Sin embargo, la referencia a la indicada figura procesal, a los fines ahora considerados, es oportuna y significativa.

Cabría decir -precisa el último dictamen referido- que en tanto el acto es susceptible de revisión a través de recursos ordinarios o en cuanto su legalidad se halla ya cuestionada ante los Tribunales, puede no resultar pertinente el ejercicio de la potestad de revisión de oficio en vía administrativa, revisión acerca de cuyo sentido y alcance se ha pronunciado la doctrina de este cuerpo Consultivo en varios dictámenes, subrayando los rasgos de excepcionalidad de este mecanismo revisor».

2. No obstante, como recordamos en el Dictamen 129/2004, de 29 de julio, de este Consejo Consultivo, tal doctrina del Consejo de Estado ha evolucionado con posterioridad. Así, en el Fundamento Jurídico II.2 de nuestro citado Dictamen ya señalamos:

«2. Sin embargo este criterio no ha sido sostenido de manera constante por el propio Consejo de Estado. Así, aunque con posterioridad a aquellos Dictámenes en ocasiones aún se sostiene la misma postura (Dictámenes 816/1999 y 1.526/2000) en sus pronunciamientos más recientes (824/1999, 3.875/2000, 611 y 2.654/2001; 541,1.964 y 3.125/2002) mantiene sin embargo la viabilidad del planteamiento y resolución de este procedimiento a pesar de haberse entablado el recurso contencioso-administrativo. Basa su argumentación en la apreciación de que del artículo 102 LPAC no puede deducirse que sólo puede acudir a esta vía tras la intervención de la jurisdicción contenciosa o del transcurso del plazo para la

interposición del recurso contencioso-administrativo, a lo que se añade que, pese al tradicional principio de litispendencia, que supone el "cierre procesal" y la absorción plena de toda competencia para conocer de un asunto por parte del juzgador llamado a decidir un determinado pleito, en principio nada impediría continuar con la tramitación del procedimiento de revisión de oficio, en la medida en que el mismo pudiera llevar a la declaración de nulidad del acto impugnado y por tanto una satisfacción extraprocesal - siempre deseable en términos de economía procesal- de la pretensión».

3. Esta cuestión no puede, efectivamente, ser resuelta con carácter general, sino que habrán de ponderarse las características de cada caso, como también afirmamos en nuestro posterior Dictamen 72/2017, de 8 de marzo, que en su FJ III.2 señalaba:

«(...) este Consejo Consultivo debe analizar la cuestión de la posible aplicación de la excepción de litispendencia al producirse en este caso la concurrencia de un proceso judicial con la tramitación simultánea de un procedimiento administrativo de revisión de oficio.

Sobre esta controvertida cuestión nos hemos pronunciado en diversas ocasiones, teniendo bien presentes las múltiples y variadas situaciones en las que se puede encontrar un acto administrativo a revisar. Quiere decirse, pues, que la solución al problema ahora planteado (esto es, existencia o no de litispendencia) no puede ser general sino casuística, previo análisis de casa caso».

4. Pues bien, en el supuesto que se dictamina la tramitación de la revisión de oficio no pretende impedir ni interferir el proceso contencioso-administrativo, sino evitarlo, facilitando su terminación por el prometido desistimiento de la Administración demandante, si se produce la declaración de la nulidad por la demandada en el procedimiento de revisión de oficio, o por efecto de lo dispuesto en el art. 76 LJCA. Esta interpretación se deduce también del Decreto del Juzgado de 5 de febrero de 2018, que toma razón de la incoación de la revisión de oficio, sin objetarla, y suspende la causa para dar oportunidad a la declaración administrativa de la nulidad radical. Por ello, concluimos que la pendencia del recurso contencioso-administrativo no constituye impedimento para iniciar y concluir el presente procedimiento de revisión de oficio, no sólo porque se trata de un acto que puso fin a la vía administrativa, sino también por cuanto queda argumentado.

V

1. Según la Propuesta de Resolución se pretende declarar la nulidad del Decreto 1050/2017, de 4 de octubre, por el que se acordó la contratación de (...) como

auxiliar de ayuda a domicilio, al considerar que el referido Decreto lesiona los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y que se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, concurriendo las causas tasadas en el art. 47.1 a) y e) LPACAP.

2. El Decreto 1050/2017 cuya nulidad radical se pretende por el Ayuntamiento culmina un procedimiento de selección y contratación de personal. Esta resolución fue precedida por la mera publicación, a partir del 20 de septiembre de 2017 y sólo por tres días, en un tablón de anuncios electrónico a disposición del Ayuntamiento pero cuyo carácter público no consta, de la oferta de empleo de seis plazas para auxiliar de asistente domiciliario. En el breve plazo de tres días concedido para ello (del 24 al 27 de septiembre de 2017) presentaron sus correspondientes solicitudes y documentación 23 aspirantes. El anuncio publicado no incluía las bases del concurso para proceder a la selección, y no consta que se hubiera remitido tal anuncio a ningún boletín oficial ni periódico para su publicidad y general conocimiento. Inmediatamente, el 28 de septiembre inmediato siguiente, una comisión cuya forma de integración y su nombramiento no constan entrevista a cada uno de los solicitantes, excluye a seis de ellos en base a criterios no anunciados con anticipación, y aplicando un baremo que antes no se había publicado valora al resto de los «admitidos» atendiendo a su «formación relacionada». A partir de esta valoración de la referida comisión, considerando seleccionada a (...), el Alcalde acuerda su contratación mediante el Decreto 1050/2017 cuya nulidad se propone.

3. La pretensión anulatoria se basa en la inexistencia más absoluta del procedimiento legalmente establecido para la selección y contratación de personal por las Administraciones públicas, y en la clara y flagrante lesión de los derechos constitucionalmente amparables de los otros participantes en la selección.

4. Los arts. 55 y siguientes del EBEP, los arts. 91.2 y 103 de la LRBRL, el art. 177 del TRLRBRL, y el art. 35.1 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, establecen el procedimiento a seguir en los procedimientos de selección y nombramiento de su personal por las Administraciones públicas, para garantizar el cumplimiento del derecho constitucional de igualdad en el acceso a las funciones públicas, asegurando la publicidad y transparencia de las correspondientes convocatorias públicas.

5. En fin, el breve y escueto procedimiento, y resulta difícil concederle este calificativo, que precedió a la aprobación del Decreto 1050/2017 del Alcalde, no incluyó una convocatoria pública, no estableció con antelación los criterios o bases para la selección de los concursantes en base a principios de mérito y capacidad, que

servieran al órgano competente para fundamentar tal selección de los interesados y finalmente contratados, y adoleció de falta de publicidad y transparencia. Los actos de trámite que lo integraron, previos a la aprobación del cuestionado Decreto del Alcalde (publicación durante tres días en una plataforma digital no pública, valoración y selección por una comisión de nombramiento desconocido y en base a baremos no publicados con antelación) permiten asegurar que en absoluto se ha seguido el procedimiento legalmente establecido de concurrencia competitiva, en base a los artículos mencionados en el apartado anterior. Este procedimiento legalmente establecido no se ha seguido en absoluto, por lo que concurre la causa del art. 47.1.e) LPACAP.

6. Por lo demás, en el supuesto que se dictamina el acto administrativo de inicio del procedimiento sobre la Oferta de Empleo de seis plazas vacantes de asistente domiciliario no cumplió con el principio de publicidad *stricto sensu*, ya que debió dirigirse a una pluralidad indeterminada de destinatarios en su más amplio sentido, lo que no cumplió, constituyendo también la conculcación del derecho a la igualdad en el acceso a la función pública, quebrantando los principios rectores que se recogen en el art. 55 EBEP sobre los actos preparatorios de todo proceso selectivo.

7. Por todo ello, cabe concluir que este irregular y muy deficiente proceder de la Administración municipal supuso la lesión de los derechos constitucionalmente amparados de los demás concursantes a la información debida y a un trato igual en el acceso a la función pública. Teniendo presentes las consideraciones expresadas procede recordar la especial virtualidad que ha de darse a los derechos fundamentales, como lo es el principio de igualdad reconocido en el art. 23.2 de la Constitución, y también el derecho al reconocimiento de la prioridad que ha de reconocerse a quien en el proceso selectivo haya alcanzado mayores cotas en lo relativo al mérito y la capacidad, principios que igualmente se desconocen en este caso. Todo ello nos lleva a concluir que también concurre la causa del art. 47.1 a) LPACAP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad del Decreto 1050/2017, de 4 de octubre, que acordó la contratación de (...), es conforme a Derecho. Se emite en consecuencia dictamen favorable a la revisión de oficio instada.