



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 6 0 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de septiembre de 2018.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Vallehermoso en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del Decreto de Alcaldía nº 179/2018, de 29 de marzo, relativo a la convocatoria del proceso selectivo para cubrir la plaza de Auxiliar de Ayuda a Domicilio, a tiempo parcial, en el barrio de La Dama (EXP. 329/2018 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado preceptivamente por el Alcalde del Ayuntamiento de Vallehermoso, mediante escrito con fecha de salida de 3 de julio de 2018 y de entrada en este Consejo Consultivo de 9 de julio de 2018, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio, al objeto de declarar la nulidad del Decreto de la Alcaldía nº 179/2018, de 29 de marzo, relativo a la convocatoria del proceso selectivo para cubrir la plaza de Auxiliar de Ayuda a Domicilio, a tiempo parcial, en el barrio de La Dama, en régimen de derecho laboral, cuya duración expiraría el 31 de diciembre de 2018, por estar vinculada esta contratación al Plan Concertado del ejercicio 2018.

2. 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, 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), ya que el presente procedimiento se inició con posterioridad a la entrada en vigor de esta última.

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

De conformidad con lo previsto en el indicado precepto, además, es preciso que este Dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiendo la Administración apartarse de lo establecido en el mismo; es decir, para que prospere la revisión ha de entenderse conforme a Derecho la Propuesta de Resolución sometida ahora a nuestra consideración. Y a tal efecto habrá de determinar si incurre el acto sometido a revisión en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho alegadas por la Administración.

3. La nulidad instada en el presente caso se fundamenta en los apartados a) y e) del art. 47.1 LPACAP, al considerar la Administración actuante que se trata de un acto que vulnera el derecho fundamental a acceder al empleo público en condiciones de igualdad consagrado en el art. 23.2 de la Constitución (CE) y que, además, se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

4. Asimismo, no está de más señalar que la revisión de oficio procede contra actos nulos firmes en vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo (art. 106.1 LPACAP); y en el supuesto que nos ocupa se cumple esta circunstancia, toda vez que en las actuaciones obrantes en el expediente se acredita la firmeza del acto recurrido.

5. Por otra parte, el procedimiento se inició de oficio por Decreto de la Alcaldía num. 251/2018, de 15 de mayo; en consecuencia, conforme al art. 106.5 LPACAP, la Resolución definitiva debe dictarse antes del día 15 de noviembre de 2018, pues de no ser así se produciría la caducidad del procedimiento.

II

Como antecedentes de hecho, y atendiendo al expediente, han de destacarse los siguientes:

1. Por Decreto de la Alcaldía num. 191/2017, de 31 de mayo, se aprobó la propuesta del Tribunal de constitución de una lista de Reserva de Auxiliar de Ayuda a Domicilio en régimen de derecho laboral temporal en el Ayuntamiento de Vallehermoso, con vigencia de 2 años desde el día de su publicación.

Después de cursar oferta de trabajo a todos los aspirantes que constaban en dicha lista de reserva y de que todas estas personas declinaran las correspondientes ofertas, se dictó el Decreto de la Alcaldía 179/2018, de 29 de marzo, acordándose convocar proceso selectivo para cubrir la referida plaza, estableciéndose como criterios de selección tener 18 años de edad cumplidos y ser menor de 65 años de

edad, experiencia profesional mínima de 6 meses en la categoría de Auxiliar de Ayuda a Domicilio y estar en posesión del permiso de conducir, clase B1.

Así mismo, se acordaba publicar dicha Resolución en el tablón de anuncios de la Corporación, en su página web, en la página web de la Dirección General de Función Pública del Gobierno de Canarias y dar publicidad de la convocatoria en un periódico de gran circulación (entre otros periódicos, ello se hizo en GomeraVerde.com); y, por último, se cursó oferta genérica de empleo a la Oficina de Empleo de La Gomera.

2. Posteriormente, como resultado de esta convocatoria se dictó el Decreto de la Alcaldía 194/2018, de 13 de abril, por el que se contrató a (...), manifestándose en dicha resolución que no se presentaron otras solicitudes al respecto y que el Servicio Canario de Empleo remitió como candidata a la propuesta, reuniendo todos los requisitos exigidos en la mencionada convocatoria.

3. En el expediente remitido a este Consejo Consultivo, sin embargo, obran diversos escritos (vía email) de la Secretaría-Intervención del Ayuntamiento oponiéndose al modo de publicación de la convocatoria referida, señalando en ellos que procedía su publicación en el BOP de Santa Cruz de Tenerife en aplicación de la normativa reguladora de la materia.

Además, el día 2 de mayo de 2018 se recibió en el Ayuntamiento escrito de la Viceconsejería de Administraciones Públicas y Transparencia del Gobierno de Canarias, manifestándose en el mismo que se observan en el Decreto de la Alcaldía 179/2018 «infracciones al ordenamiento jurídico».

Así, en dicho escrito, que se incorpora al expediente remitido a este Consejo Consultivo (páginas 102 y ss.), se le señala al Ayuntamiento que el uso de la oferta genérica no le exime de la obligación legal de convocar el proceso de selección con sujeción a los principios y requisitos exigidos en el art. 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TRLEBEP), entre otras normas; lo que implicaba la necesidad de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia para que hubieran podido concurrir, además de los candidatos preseleccionados por el Servicio Canario de Empleo, otros aspirantes; todo ello, de acuerdo con lo señalado en la Sentencia num. 21, de 14 de febrero de 2008, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, citada en dicho escrito (JUR 2008 192153):

«Argumenta el escrito de apelación que la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo no tuvo en cuenta la preselección efectuada por el Servicio Canario de Empleo.

Es cierto que en dos de los casos, los del decreto 3756/2005 (contratación de una limpiadora) y 4114/2005 (contratación de un agente de empleo y desarrollo local), se gestionó la oferta por medio del Servicio Canario de Empleo. Pero aun admitiendo que por ese motivo tuvo cierta difusión, no lo es menos que se trató de una divulgación parcial, solamente entre los trabajadores inscritos en sus oficinas, y que la Administración local no realizó pruebas de aptitud para efectuar la selección.

En relación a la contratación para sustituir a otros trabajadores por incapacidades transitorias (contrato de interinidad a que se refiere el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y el Real Decreto 2720/1998, que lo desarrolla), tampoco en este caso pueden las Corporaciones locales acudir a la contratación de personal laboral de manera discrecional, sino que deberá proceder a la ocupación de las mismas en base a los artículos anteriormente citados.

(...) La concurrencia de la necesidad y la urgencia en cubrir el puesto podría justificar que este tipo de contratos no sean subsidiarios de una aplicación rígida de las formalidades exigibles para el nombramiento del personal al servicio de las Administraciones Públicas, pero siempre será necesario justificar que ha existido un conocimiento público de la necesidad de provisión del puesto, sus características esenciales y los requisitos exigidos para su provisión, haciendo factible la concurrencia que permita efectuar la selección según los principios de mérito y capacidad».

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia num.1, de 2 de enero de 2014, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (JUR 2014 117479), a la que también se hace referencia en dicho escrito.

Además, en el escrito de la Viceconsejería de Administraciones Públicas y Transparencia del Gobierno de Canarias, se le señala a la Corporación Local que su interpretación de la Recomendación de la Viceconsejería de Administración Pública num 2, de 25 de junio de 2012, es incorrecta y que la aplicación al presente supuesto de las previsiones contenidas en ella no es procedente porque su finalidad es arbitrar un procedimiento ágil para cubrir las ausencias temporales de trabajadores cuando concurren circunstancias de urgencia en la prestación del servicio público de que se trate (servicios públicos esenciales); pero no suplir vacancias, que es el objeto de la presente convocatoria.

Por último, se afirma también en dicho escrito que los requisitos de acceso a los empleos públicos vienen establecidos por Ley, y se recogen en el art. 56.1 TRLEBEP,

sin que resulte admisible agregar otros que restrinjan indebidamente el acceso a los procesos selectivos, como, en este caso, la experiencia profesional previa o estar en posesión del carnet de conducir B1.

III

1. El procedimiento se inició mediante Decreto de la Alcaldía 251/2018, de 15 de mayo, por el que se acordó no solo dar curso al presente procedimiento de revisión de oficio, sino también la notificación del trámite de audiencia a los interesados y la suspensión del plazo para resolver por el tiempo que medie entre la solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo y su emisión, entre otros extremos.

2. En relación con dicha suspensión procede recordar la reiterada y constante doctrina de este Consejo Consultivo al respecto, como por ejemplo la recoge el reciente Dictamen 314/2018, de 17 de julio, entre otros muchos, en los términos que siguen:

«Por ello, este Consejo ha de recordar lo ya señalado en múltiples dictámenes, por todos, el Dictamen 410/2017, de 7 de noviembre, en el que se indicaba lo siguiente:

“(…) en relación con el plazo de resolución de los procedimientos, en este caso, de resolución contractual, es reiterada la doctrina de este Organismo que, al tratarse de un plazo de caducidad, no cabe su suspensión, tal y como se ha ratificado recientemente -tras la entrada en vigor de la LPACAP, que modificó el plazo de caducidad en otros procedimientos- por acuerdo del Pleno de este Consejo Consultivo en sesión celebrada el 30 de octubre de 2017. Por ello, el transcurso del plazo legalmente establecido -tres meses- producirá el señalado efecto, con la consiguiente necesidad de proceder a la declaración de caducidad y la adopción, en su caso, de un nuevo acuerdo de inicio del procedimiento revisor.

Solo cabe suspender o ampliar el plazo para resolver por causas tasadas que, además, han de interpretarse restrictivamente en su aplicación, sin poderse interferir u obviar el control jurisdiccional (...)».

Por otro lado, como también es constante doctrina de este Consejo, con directa incidencia tanto en el fundamento de la urgencia como en la propia suspensión del procedimiento, debe recordarse que no procede que con la solicitud del preceptivo dictamen de este Organismo se acuerde -al amparo del art. 22.1.d) LPACAP- la suspensión del procedimiento resolutorio, porque este Consejo Consultivo no es propiamente un órgano de la Administración activa de carácter asesor. Es un órgano de control preventivo externo de la actuación administrativa proyectada, que interviene justo antes de dictarse la Resolución del correspondiente procedimiento

[arts. 1.1, 3.1 y 22 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, y arts. 1.1 y 2,3, y 7, 50.2 y 53.a) de su Reglamento de Organización, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio].

Tampoco cabe confundir el dictamen con un informe, incluido el que eventualmente debe emitir el Servicio Jurídico de la Administración actuante ni, desde luego, con los informes que procede emitir en fase de instrucción del procedimiento a los fines que le son propios (DCCC 304/2013, 363/2013, 389/2013, 427/2013 y 151/2014, 139/2015, 316/2015 y el citado 410/2017, entre otros), cuyo contenido sea determinante del contenido de la Resolución -pues este Consejo dictamina justamente la Propuesta, lo que abunda en el hecho de que pareciera que la instrucción aún no ha terminado- y este Consejo a estos efectos no es «Administración activa», condición institucional a la que se anuda la efectividad del precepto.

Por tal razón, tampoco resulta justificada la urgencia en la emisión del dictamen «en virtud de lo establecido -según el oficio remitido por la Consejería el 17 de mayo de 2017- en el artículo 109.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en el que se establece que “Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente”».

Y es que tal norma rige el procedimiento administrativo, del que, repetimos, no forma parte el Consejo Consultivo, por lo que resulta obvio que el citado precepto se ha citado erróneamente, ya que en modo alguno es aplicable a un dictamen de este Consejo Consultivo que tiene su régimen específico de aplicación (art. 20 LCCC)», doctrina que también de aplicación en este caso y justifica la invalidez de tal suspensión a los efectos del cómputo del plazo de caducidad del procedimiento.

3. Por último, el día 28 de junio de 2018, se emitieron el Informe-Propuesta de Resolución y el Informe-Propuesta de Resolución de la Secretaría-Intervención del Ayuntamiento.

IV

1. La Propuesta de Resolución tiene por objeto la declaración de nulidad del Decreto de la Alcaldía 179/2018, de 29 de marzo, al considerar que incurre en las causas de nulidad absoluta establecidas en los apartados a) y e) del art. 47.1 LPACAP,

lo cual se hace con base en lo argumentado en el escrito de la Viceconsejería de Administraciones Públicas y Transparencia del Gobierno de Canarias de 2 de mayo de 2018, que se transcribe parcialmente. Además, concluye con la existencia de indicios de que en el presente caso no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido, con vulneración de los principios que deben regir el acceso al empleo público.

2. Los hechos en los que la Administración fundamenta la declaración de nulidad que propone han quedado suficientemente demostrados a través de la documentación incorporada al expediente.

Por otra parte, este Ayuntamiento ya ha solicitado al Consejo Consultivo un dictamen por hechos similares, petición que dio lugar al Dictamen 37/2017, de 1 de febrero, en el que se le manifestó que:

«(...) el sistema de selección empleado por la Corporación Local vulnera los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que rigen el derecho al acceso al empleo público consagrado por la Constitución, en los términos establecidos en la doctrina constitucional».

Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989, de 19 de abril (RTC 1989 67), se afirma que:

«(...) ha de recordarse que el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrado en el art. 23.2 de la Constitución, que ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del art. 103.3 de la Constitución (STC 193/1987, de 9 de diciembre (RTC 1987\193), se refiere a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración. Esta libertad está limitada por la necesidad de no crear desigualdades que sean arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad».

Por tanto, aplicando tal doctrina resulta evidente que al remitir la oferta de empleo público exclusivamente al Servicio Canario de Empleo y no dándole la debida publicidad (art. 70.2 TREBEP) se han creado desigualdades contrarias a los principios constitucionales referidos anteriormente, limitando indebidamente el derecho al acceso al empleo público ofertado a cualquier ciudadano y ello sin perjuicio del resto de actos contrarios a Derecho que se observan en el procedimiento de selección de personal que culminó con el Decreto que se pretende revisar.

A mayor abundamiento, en el art. 55.2 TREBEP, se establecen una serie de principios que se deben añadir a los anteriores en su aplicación a los procesos selectivos:

«2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:

- a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.
- b) Transparencia.
- c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.
- d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.
- e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.
- f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección».

Estos principios también se han vulnerado no solo mediante lo realizado en relación con la oferta de empleo público, sino con la totalidad del sistema irregular de selección de personal empleado, que carece de criterios y sistema de valoración objetivos de los candidatos presentados.

3. Por tanto, teniendo en cuenta los principios referidos, cabe afirmar que resulta ser cierto que el Ayuntamiento infringió lo dispuesto en el art. 91.2 LRBRL, que dispone que «La selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad» y ello es así desde el momento en el que se prescindió por completo de la totalidad de trámites a través de los que se debió desarrollar la selección del personal laboral que se pretendía contratar, tal y como ya se ha hecho referencia.

Todo ello, supone no solo que se ha incurrido en la causa de nulidad del art. 62.1.a) LRJAP-PAC, pues se ha lesionado el derecho fundamental al acceso al empleo público con pleno respeto al principio de igualdad, sino que también se ha incurrido en la causa prevista en el art. 62.1.e) al prescindirse de todo procedimiento administrativo, ya que el sistema empleado para contratar al interesado no guarda relación alguna con el procedimiento establecido por la normativa reguladora de la materia».

3. Esta doctrina resulta plenamente aplicable al presente caso, ya que en el procedimiento selectivo correspondiente al Decreto de la Alcaldía 179/2018, de 29 de marzo, se omitió darle la preceptiva publicidad a través del BOP, restringiendo de este modo el acceso a dicho procedimiento, pues “de facto” sólo accedieron al

mismo los candidatos propuestos por el Servicio Canario de Empleo; y, además, ello se hizo estableciendo requisitos ajenos a la plaza que se pretendía ocupar, especialmente, el relativo a la necesidad de que un Auxiliar de Ayuda a Domicilio contara con el carnet B1; con todo lo cual se ha vulnerado el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos establecido en el art. 23.2 de la Constitución, al igual que los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del art. 103.3 de la Constitución.

4. Tal y como se le señaló al Ayuntamiento en el Dictamen de este Consejo Consultivo 37/2017, procede manifestar nuevamente 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 ambos intereses difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que ninguno de los fines que pretenden salvaguardarse tienen un valor absoluto. La manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita su respectivo ejercicio. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico reconozca la revisión de los actos sólo en los 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; limitando además en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros.

Pues bien, en el presente caso, como ya hemos indicado, concurren las causas de nulidad alegadas por el Ayuntamiento, por las razones asimismo antes expuestas.

Por todo ello, la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, procediendo la revisión de oficio que se pretende.

CONCLUSIÓN

Se considera que la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen es conforme a Derecho.