



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 6 3 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de julio de 2019.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de La Gomera en relación con la *Propuesta de Resolución de del procedimiento de revisión de oficio del Decreto nº 32/2019, de 9 de enero, por el que se dispone la contratación de (...), como Técnico Superior-Geógrafo, para la Unidad de Medio Ambiente, por el periodo del 11/01/2019 a 31/12/2019 (EXP. 242/2019 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado preceptivamente por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de la Gomera, mediante escrito con fecha de salida de 17 de junio de 2019 y de entrada en este Consejo Consultivo de 18 de junio de 2019, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio, al objeto de declarar la nulidad del Decreto nº 32/2019, de 9 de enero, por el que se dispone la contratación de (...), como Técnico Superior-Geógrafo, para la Unidad de Medio Ambiente, por el período del 11/01/2019 al 31/12/2019.

2. La legitimación del Sr. Presidente del Cabildo 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).

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

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

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. La ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos se contiene en el art. 106 LPACAP. Esta revisión de oficio procede contra actos nulos que incurran en alguna de las causas de nulidad del art. 47.1 LPACAP y que, además, sean firmes en vía administrativa. 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 el Cabildo Insular de la Gomera de 29 de mayo de 2019 a petición de la Viceconsejería de Administraciones Públicas y Transparencia de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias, por petición razonada, de conformidad con el art. 58 LPACAP; en consecuencia, conforme al art. 106.5 LPACAP, la Resolución definitiva debe dictarse antes del día 29 de noviembre de 2019, pues de no ser así se produciría la caducidad del procedimiento.

6. La competencia para revisar de oficio los actos del Presidente del Cabildo Insular de la Gomera corresponde al propio Presidente del mismo, conforme al art. 57 de la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares.

II

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

1. Por Decreto 32/2019 del Vicepresidente Segundo del Excmo. Cabildo Insular de la Gomera se declara prioritaria y excepcional la contratación de un técnico para la Unidad Insular de Medio Ambiente y se aprueba la contratación de (...), por el período desde el 11-01-2019 hasta el 31-12-2019, a través de una oferta genérica de empleo realizada a través del Servicio Canario de Empleo.

2. Por los servicios jurídicos del Gobierno de Canarias se interpone recurso contencioso administrativo contra el referido Decreto, por falta de convocatoria pública con la debida publicidad, lo cual se comunica al Excmo. Cabildo Insular de la Gomera.

3. Por Decreto de 16 de mayo de 2019 del Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, se admite a trámite la demanda por el procedimiento abreviado, y se fija hora para la celebración del juicio.

No consta que se haya dictado sentencia judicial en este asunto, lo cual, como manifestamos en nuestro Dictamen 129/2004, de 29 de julio, con cita de cierta doctrina del Consejo de Estado, no impide que la Administración pueda tramitar el procedimiento de revisión de oficio en la medida que el mismo pudiera llevar a la declaración de nulidad del acto impugnado y, por tanto, a una satisfacción extraprocesal, o, incluso, a una resolución en la que se aprecie litispendencia.

4. Por Providencia de 30 de abril de 2019 del Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de la Gomera se requiere a la Secretaría General para que emita un informe jurídico sobre la posible nulidad de pleno Derecho del Decreto 32/2019, de 9 de enero, en el plazo máximo de diez días.

5. El 10 de mayo de 2019 se emite informe por la Secretaría General, elevando a la Presidencia la propuesta de admisión de la solicitud de revisión de oficio del procedimiento de selección de la trabajadora (...), como técnico superior-geógrafo.

6. Por Decreto 19/2019, de 29 de mayo de 2019, se inicia procedimiento de revisión de oficio del Decreto 32/2019, de 9 de enero y se comunica a la interesada, otorgando plazo a efectos de alegaciones, y a la Viceconsejería de Administración Pública y Transparencia del Gobierno de Canarias.

7. La Propuesta de Resolución que se somete a nuestro Dictamen, de fecha 17 de junio de 2019, declara la nulidad de pleno derecho del Decreto 32/2019, de 9 de enero, por el que se dispone la contratación de (...), por el período desde el 11-01-2019 hasta el 31-12-2019 y suspende el contrato laboral con la trabajadora. No obstante, se propone no suspender los efectos de la contratación por la necesidad de contar con un técnico que continúe las labores encomendadas hasta que se seleccione el candidato más idóneo.

III

1. Sobre la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, y sobre el carácter excepcional de la misma, este Consejo se ha pronunciado en numerosas ocasiones, pudiendo sintetizarse nuestra doctrina en lo señalado en nuestro Dictamen 351/2017, de 10 de octubre, en el que indicábamos lo siguiente:

«1. Según la jurisprudencia del TS (ver por todas la sentencia de 14 abril 2010), la potestad de revisión de oficio, reconocida en general a la Administración por los arts. 106 y ss LPACAP, supone una facultad excepcional que se le otorga para revisar los actos administrativos sin acudir a los Tribunales y sin tan siquiera esperar a su impugnación por los interesados. Prevista para vicios especialmente graves provocadores de la nulidad o anulabilidad de los actos, constituye, en definitiva, una manifestación extrema de la autotutela administrativa.

Ahora bien (y por lo que más adelante se dirá), continúa el Alto Tribunal, habida cuenta de la especial configuración de dicha potestad administrativa existen importantes límites o condicionantes a la misma. El primero de ellos reside en los motivos que legitiman para acudir a esta vía revisoria. Dichos motivos, expresados en general en la LPACAP, constituyen verdaderas causas tasadas, con enumeración exhaustiva, y cuya especial gravedad, en definitiva, fundamenta esa potestad excepcional, como, asimismo, tanto el Consejo de Estado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido entendiendo de manera constante y reiterada (por todas SSTs de 30 de marzo de 1982, 17 de octubre de 2000 y 12 de marzo de 2002)».

2. La Propuesta de Resolución tiene por objeto la declaración de nulidad del Decreto nº 32/2019, de 9 de enero, por el que se dispone la contratación de (...), como Técnico Superior-Geógrafo, para la Unidad de Medio Ambiente, por el período del 11/01/2019 al 31/12/2019, 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, esto es, por vulneración de derechos fundamentales y prescindir del procedimiento legalmente establecido para el acceso al empleo público.

3. Estamos, pues, ante una contratación laboral, en la que se habría incumplido los requisitos legales de preparación del contrato. Conforme a la doctrina de los actos separables, podemos diferenciar una posible nulidad administrativa, por incumplimiento de los requisitos legales de preparación del contrato, de los efectos del contrato propiamente dicho, que se regirían por la legislación laboral.

El art. 67.3 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, relativo al personal laboral (aplicable al personal de las Entidades Locales, en virtud del art. 2.4 de la misma), señala:

«3. El contenido y efectos de esta relación de empleo estará regulada por el Derecho Laboral y los actos preparatorios a su constitución, sin perjuicio de las normas eventualmente fijadas al respecto en el ordenamiento laboral, por el Derecho Administrativo. En todo caso, la administración contratante conserva sus potestades organizatorias en razón a los intereses del servicio».

Sobre estas cuestiones, esto es, la aplicación de la doctrina de los actos separables a los procedimientos de selección de personal laboral, la aplicación de los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, así como sobre los efectos de la nulidad de una contratación de este tipo, se ha referido, entre otros pronunciamientos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 410/2017, de 20 de abril (JUR 2017\162809), confirmando la aplicación de tal doctrina y principios referidos, así como las previsiones de la legislación laboral en cuanto a los efectos de la nulidad.

4. En definitiva, esta doctrina y principios resultan plenamente aplicables al presente caso, ya que en el procedimiento selectivo correspondiente al Decreto nº 32/2019, de 9 de enero, se incumplieron las normas preparatorias del contrato laboral, al omitirse la preceptiva publicidad a través del BOE y BOP, restringiendo de este modo el acceso a dicho procedimiento selectivo, pues “de facto” sólo accedió al mismo la candidata propuesta por el Servicio Canario de Empleo; 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.

Además, dichas actuaciones conculcan los arts. 55 y siguientes del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; los arts. 91.2, 97 y 103 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL); art. 177 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local; art. 229.3 del Real Decreto 2568/86, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, lo que ha sido confirmado jurisprudencialmente por las Sentencias del

Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª), de 14 de febrero de 2008, 2 de enero de 2001 y 6 de junio de 2014, entre otras.

A este respecto, el art. 97 de la LRBRL señala claramente lo siguiente: «Los anuncios de convocatorias de pruebas de acceso a la función pública local y de concursos para la provisión de puestos de trabajo deberán publicarse en el “Boletín Oficial del Estado”.

Las bases se publicarán en el «Boletín Oficial de la Provincia», salvo las relativas a las convocatorias de pruebas selectivas para la obtención de la habilitación de carácter nacional, que se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado».

5. 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.

Es preciso traer a colación nuestro Dictamen 37/2017, de 1 de febrero, en el que se 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”.

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 de convocatoria pública realizada con la debida publicidad.

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».

6. Tal y como se le señaló en el citado Dictamen 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 casos 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 Cabildo de la Gomera por las razones expuestas.

Por todo ello, la Propuesta de Resolución en este aspecto es conforme a Derecho, procediendo la revisión de oficio y declaración de nulidad que se pretende.

7. No obstante, la Propuesta de Resolución, en su parte dispositiva, propone suspender el contrato laboral y al mismo tiempo prolongar sus efectos mientras se tramita el procedimiento de contratación por los cauces legales.

El art. 108 de la LPACAP permite que una vez que se inicia el procedimiento de revisión de oficio se suspenda la ejecución del acto cuando pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación. En este caso, el Decreto 19/2019 por el que se inicia el procedimiento de revisión de oficio no suspende el contrato laboral con la trabajadora.

La Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad del Decreto 32/2019, de 9 de enero, por la que se dispone la contratación de (...), propone suspender el contrato laboral y al mismo tiempo prolongar sus efectos, lo cual no es jurídicamente posible. Una vez que se declare la nulidad de la contratación, por incumplimiento de las normas legales de preparación del contrato, la nulidad hace desaparecer del mundo jurídico la contratación efectuada con efectos *ex tunc (quod nullum est nullum producit effectum)*, debiendo la Administración extinguir el contrato e indemnizar a la trabajadora de acuerdo con las normas del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET). No es conforme a Derecho declarar la nulidad del contrato y al mismo tiempo suspender el mismo y prolongar sus efectos, ya que lo que es nulo ningún efecto produce y no es posible que un trabajador preste servicios

a la Administración Pública sin la cobertura de un contrato, pues se estaría amparando un fraude de Ley.

8. Finalmente, tal y como se apuntó con anterioridad sobre los efectos de la declaración de nulidad de este tipo de contratos que la jurisprudencia ha venido delimitando, la extinción del contrato ha de realizarse por los cauces de la legislación laboral, de acuerdo con los arts. 49 h) y 51.1 del TRET (extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o causas objetivas) y siguiendo el procedimiento del art. 52 c) ET, tal y como se ha señalado en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de abril de 2009 (recurso de casación para unificación de doctrina nº 4335/2007).

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen en lo que se refiere a los apartados primero, cuarto, quinto y sexto de la parte dispositiva.

No obstante, no resultan conformes a Derecho los apartados segundo y tercero de la parte dispositiva, por las razones contenidas en el Fundamento III.7 de este Dictamen.