

Expediente Núm. 421/2009  
Dictamen Núm. 35/2010

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*  
*Jiménez Blanco, Pilar*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 18 de febrero de 2010, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 23 de noviembre de 2009, examina el expediente de revisión de oficio incoado por Decreto de la Alcaldía de 9 de septiembre de 2009, con motivo de la presunta nulidad de pleno derecho del de 23 de julio de 2009, por el que se aprueban las bases y la convocatoria para la provisión de una plaza de funcionario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Por Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 23 de julio de 2009 se aprueban las bases y la convocatoria para la provisión de una plaza de la Escala de Administración General, Subescala Técnica, dándose traslado del mismo a las representaciones sindicales y publicándose en el Boletín Oficial del Principado de Asturias, de 3 de septiembre de 2009.

El sistema previsto en la convocatoria para acceder a la plaza referida es el de concurso oposición para ambos turnos, y el temario para la promoción interna, recogido en el proyecto, consiste en 45 temas, articulándose dos pruebas: una primera, de orden teórico, que “consistirá en la realización de un ejercicio tipo test”, restringido a los temas “2, 3, 4, 11, 13, 14, 15, 16, 17” del bloque de financiero, y que “sumará un máximo de 4 puntos, siendo necesario al menos 2 puntos para (la) superación de esta prueba (...). No puntuarán las respuestas erróneas de forma negativa”, y una segunda, de carácter práctico, referida a todo el temario.

**2.** El expediente relativo a la provisión de la vacante se abre con un requerimiento de la Jefa de Servicio de Recursos Humanos, de fecha 25 de mayo de 2009, dirigido a la Jefa del Servicio de Gestión Económica y Presupuestos, solicitando la remisión “del temario de la convocatoria de la plaza”, con expresa indicación de que habrá de respetar “el acuerdo suscrito entre la representación del gobierno municipal y la representación sindical”, del cual se detalla el número mínimo de temas.

En atención a este requerimiento, la Jefa del Servicio de Gestión Económica y Presupuestos libra informe, el día 4 de junio de 2009, adjuntando la relación de temas de la rama económico-financiera que considera “indispensables” (17), y señalando que “el resto de los temas, hasta cubrir el número mínimo para cada uno de los turnos, se deja a la elección del Servicio de Recursos Humanos, en coherencia con anteriores convocatorias”.

Con fecha 18 de junio de 2009, el Concejal Responsable de Personal propone “aprobar el proyecto de bases” que se adjunta y “convocar (las) pruebas selectivas para la provisión de la citada plaza, que se proveerá prioritariamente por promoción interna, y subsidiariamente por turno libre”. Las referidas bases programan su cobertura por el sistema de concurso-oposición, incluyendo un temario para la promoción interna reducido a 45 temas (los 17 de la rama económico-financiera señalados como “indispensables” por el Servicio de Gestión Económica y Presupuestos y 28 de Derecho Administrativo).

Tras certificar la Secretaria General del Ayuntamiento que el puesto se encuentra "vacante, cubierto de forma provisional", se incorpora al expediente un informe de la Jefa del Servicio de Recursos Humanos, fechado el 18 de junio de 2009. En él, se reproduce parcialmente el acuerdo alcanzado en negociación colectiva "el pasado día 13 de marzo", en el cual se fijó un temario mínimo, para la provisión de estas plazas por promoción interna, de "45 temas", pactándose que "los exámenes teóricos serán tipo test". Igualmente se recogió, en el referido acuerdo, un baremo para la valoración de los méritos, que es el que se adjunta a la propuesta de convocatoria, y la estructura de los ejercicios de la fase de oposición, que es también la reproducida en el proyecto de bases. Observa la informante que las bases propuestas "cumplen con los requisitos negociados y acordados", añadiendo que respetan la normativa aplicable.

El proyecto de bases y la convocatoria son remitidos a las representaciones sindicales.

**3.** Con fecha 3 de septiembre de 2009, el Concejal Responsable de Personal dicta Providencia instando la incoación del procedimiento de revisión de oficio del Decreto por el que se aprueban las bases y la convocatoria para la provisión de la plaza citada, así como la suspensión de su ejecución.

Se acompaña una copia del acuerdo alcanzado en negociación colectiva sobre "criterios para la selección de personal".

**4.** El día 7 de septiembre de 2009 la Directora de los Servicios Jurídicos del Consistorio emite informe. Entre sus antecedentes se recoge que, interpuesto recurso de reposición contra decretos incursos en idéntico vicio -y también en otros-, se declaró su nulidad de pleno derecho, por lo que la Concejalía del ramo propuso iniciar la revisión de oficio de las resoluciones que compartían defectos anulatorios. En los fundamentos de derecho se razona que la anulación de las resoluciones que fueron objeto de recurso se basa en la "vulneración de derechos susceptibles de amparo constitucional", con invocación de la igualdad en el acceso a la función pública que deriva de los

artículos 14 y 23.2 de la Carta Magna. En lo que interesa a la convocatoria ahora impugnada, se reseña que “resulta notablemente contrario a la normativa de aplicación que se reduzcan los temas de los ejercicios teóricos de la fase de oposición, contrariando los mínimos exigidos en el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que deben ajustarse los procedimientos de selección de los funcionarios de Administración local. Esta disposición establece para cada uno de los grupos de titulación un número mínimo de temas para el ejercicio teórico, que por lo tanto no puede dividirse entre dos ejercicios, teórico y práctico para evitar la aplicación de esta norma”.

A la vista de ello, se propone iniciar el procedimiento de revisión de oficio del Decreto que aprueba la convocatoria y suspender su ejecución.

**5.** Por Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 9 de septiembre de 2009, se acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio del decreto por el que se aprueban las bases y la convocatoria, así como suspender su ejecución y el cómputo del plazo legal para resolver el procedimiento revisorio “por el tiempo que medie entre la petición al Consejo Consultivo del Principado de Asturias del informe preceptivo y la recepción del mismo”.

Evacuados los traslados de este Decreto a las representaciones sindicales, se remite al Boletín Oficial del Principado de Asturias extracto, rubricado por la Alcaldesa, expresivo de la incoación del procedimiento de revisión de oficio y la suspensión del procedimiento selectivo, a efectos de notificación colectiva, siendo objeto de publicación oficial el día 8 de octubre de 2009.

Mediante oficio de la Alcaldesa de 5 de noviembre de 2009, se comunica a las secciones sindicales el referido extracto, con expresa indicación de la puesta de manifiesto del expediente para alegaciones.

Con fecha 12 de noviembre de 2009, el representante de una de las secciones sindicales presenta, en el registro municipal, un escrito de alegaciones oponiéndose a la revisión de oficio, argumentando en que “las

bases declaradas nulas de pleno derecho fueron en su día formuladas conforme a los criterios establecidos tras negociación entre las partes con capacidad procesal para llevar a cabo esta negociación”.

**6.** Con fecha 23 de noviembre de 2009, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Avilés dicta propuesta de resolución en la que se desestiman las alegaciones presentadas y se considera que concurre vicio de nulidad. Expone que el artículo 8.3 del Real Decreto 896/1991, “que constituye legislación estatal básica para las entidades locales, establece que el temario de los ejercicios teóricos de selección para los funcionarios del Grupo A (hoy A1) deberá constar de un número mínimo de 90 temas”. Razona, a continuación, que el artículo 77 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado -de aplicación supletoria-, al amparar, para la promoción interna, “la exención de las pruebas sobre aquellas materias cuyo conocimiento se haya acreditado suficientemente en las de ingreso al Cuerpo o Escala de origen”, permite, en este turno restringido, aminorar el número de temas por debajo del citado mínimo, por lo que se considera adecuado que los 90 temas programados para el turno libre se reduzcan a 45 para la promoción interna. Ahora bien, añade, “estos 45 temas deberían haberse incluido necesariamente en la única prueba teórica (...), de acuerdo con las exigencias” del Real Decreto 896/1991, observándose, contrariamente, que “en las bases de (la) convocatoria revisadas únicamente se incluyen en el ejercicio teórico 9 temas, a pesar de que su convocatoria establece 45”, sin que esa exclusión de temas sea “consecuencia de un sorteo o método alternativo”, sino que deriva directa e inmediatamente de la convocatoria misma, “vulnerando de esta forma el precitado artículo 8” del Real Decreto 896/1991.

Obra en el expediente un último Decreto de la Alcaldía, datado el 23 de noviembre de 2009, por el que se acuerda recabar dictamen al Consejo Consultivo del Principado de Asturias, con suspensión del plazo para resolver, así como “notificar la presente resolución a todos los interesados”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de noviembre de 2009, registrado de entrada el día 26 del mismo mes, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del Decreto de 23 de julio de 2009, por el que se aprueban las bases y la convocatoria para la provisión de una plaza correspondiente a la Escala de Administración General, Subescala Técnica, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente original.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra I), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra I), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

**SEGUNDA.-** Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), el Ayuntamiento de Avilés se halla debidamente legitimado en cuanto autor del acto cuya declaración de nulidad se pretende a través del procedimiento de revisión de oficio.

**TERCERA.-** El examen de fondo en relación con la consulta realizada requiere, en este caso, un pronunciamiento previo sobre la adecuación y pertinencia del procedimiento de revisión de oficio seguido por el Ayuntamiento, a la vista de la peculiar naturaleza de la convocatoria de una plaza de empleo público y la aprobación de las bases para su provisión.

En nuestro sistema, el procedimiento de revisión de oficio se configura como un instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, a cuyo fin queda sometido al rigor del procedimiento pautado en el artículo 102 de la LRJPAC para aquellos actos viciados de nulidad que hayan puesto fin a la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso en plazo, vedándose a la Administración el recurso a la revocación a la que se refiere el artículo 105 de la misma Ley, salvo que se trate de actos de gravamen o desfavorables.

Esto sentado, procede detenernos en la singular naturaleza de los procedimientos selectivos, a fin de determinar qué actos, aun siendo de trámite, revisten la significación y trascendencia requeridas para excepcionar la regla general antes expuesta y desde qué momento la convocatoria con aprobación de bases de un procedimiento selectivo es capaz de producir efectos.

Pues bien, según reiterada jurisprudencia, el proceso selectivo se concibe como “un procedimiento complejo, integrado por varias fases o etapas que se suceden en el tiempo, dependiendo las posteriores de lo resuelto en las anteriores” (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 200, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de tal modo que ello ha justificado, por ejemplo, la posibilidad de repetir una prueba ya practicada de un procedimiento selectivo sin necesidad de acudir a los mecanismos de revisión o de lesividad de los artículos 102 y 103 de la LRJPAC (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª).

En este sentido, el Consejo de Estado ha consagrado una regla, no exenta de matizaciones, por la que los actos administrativos de trámite no se

someten a la técnica de la revisión de oficio, toda vez que la Administración, como “dueña” del procedimiento inacabado, puede y debe retrotraer las actuaciones para subsanar aquellos vicios de legalidad que hubieran podido producirse en los actos de trámite hasta entonces adoptados, sin necesidad de utilizar la vía recogida en el artículo 102 de la LRJPAC (Dictámenes 3688/1998, de 15 de octubre, y 1162/2001, de 12 de julio).

Ahora bien, y partiendo del carácter complejo de un procedimiento selectivo, no todos los actos de trámite del mismo se sitúan en idéntica posición ni revisten análoga entidad, de modo que existen actos que, aunque en rigor cabría calificar como de trámite, se asimilan en ocasiones, por su trascendencia, a los actos finales, también desde la perspectiva de la utilización de la técnica revisora. Así ocurre, precisamente, con el acto administrativo por el que se convoca un proceso selectivo y se aprueban sus bases, pues, pese a tratarse de un mero acto de incoación integrado en un procedimiento único, presenta aquella sustancialidad que conduce a calificarlo como trámite cualificado, susceptible de impugnación autónoma, sin que pueda excluirse la procedencia de su revisión de oficio.

Si bien el artículo 102 de la LRJPAC reconoce a la Administración, como ya hemos expuesto, la posibilidad de declarar de oficio la nulidad -con sujeción y respeto del procedimiento que el propio precepto establece- de aquellos de sus actos que agoten la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, tanto la jurisprudencia como la doctrina del Consejo de Estado, que compartimos, se han mostrado partidarias de anular, por unos u otros cauces, los citados actos de trámite cualificados, sin necesidad de esperar a la resolución final, con el fin de evitar que se prolongue en el tiempo la pendencia de sus efectos o se propicie la adquisición o consolidación de derechos al amparo de actos contrarios a la ley.

Justificada la posibilidad de utilizar los procedimientos de revisión o lesividad para el acto de la convocatoria y de aprobación de las bases del proceso selectivo, debe determinarse cuál es la fecha crítica que impide que la Administración pueda volver sobre sus propios actos para modificarlos o



dejarlos sin efecto y quede obligada a acudir a dichos procedimientos. Debe descartarse, en la actualidad, la necesidad de que se hayan generado verdaderos derechos subjetivos para los interesados, porque ésta ya no es exigencia legal conforme a la redacción vigente de los artículos 102 y 105 de la LRJPAC. Sería suficiente para acudir a la revisión de oficio, como se indicó al inicio de esta consideración, que el acto sea susceptible de producir efectos favorables, lo que requiere, como presupuesto ineludible, que el acto se haya perfeccionado y produzca efectos en los términos de lo establecido en el artículo 57 de la LRJPAC. Parece claro que existen intereses legítimos que impiden la libre modificabilidad de las bases por la Administración cuando ha finalizado el plazo de presentación de instancias y se halla pendiente la aprobación y publicación de la lista de aspirantes admitidos o excluidos (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª). En este mismo sentido ya se había pronunciado el Consejo de Estado, en su Dictamen 276/2002, de 21 de febrero. En estos supuestos, las bases y la convocatoria ya han desplegado su eficacia inicial respecto de todos aquéllos que efectivamente presentaron la correspondiente solicitud para participar en el proceso selectivo. Pero incluso retrocediendo un poco más, el primer momento en que puede afirmarse con rigor que el acto puede comenzar a desplegar los efectos que le son propios, esto es, iniciar el proceso selectivo, es aquél en el que los destinatarios de la convocatoria tengan la posibilidad real de presentar la instancia correspondiente que les convierte en aspirantes, con intereses legítimos, a las plazas ofertadas con las bases previamente establecidas. Antes de ese momento no es planteable que la Administración se vea constreñida a un procedimiento revisor tan garantista como es el del artículo 102 de la LRJPAC. La aplicación de este criterio a la convocatoria de la que trae causa este dictamen implica que, al menos, hasta que el anuncio de la misma no esté publicado en el Boletín Oficial del Estado la Administración puede modificarla sin sujetarse a los procedimientos cualificados de los artículos 102 y 103 de la LRJPAC, ni a las causas que en dichos preceptos se enumeran. A este respecto,

importa resaltar dos consideraciones que muestran que la propia publicación de la convocatoria es un acto complejo. La primera es el carácter preceptivo que asume la publicación en el Boletín Oficial del Estado de los anuncios de las convocatorias de procedimientos de selección para las Administraciones locales (artículos 97 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y 6.2 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio). La segunda, que es tal publicación la que fija la fecha de inicio para la presentación de instancias (tal y como expresamente establece la base tercera, apartado 1 de la convocatoria que pretende revisarse, publicada en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 3 de septiembre de 2009).

En síntesis, la aprobación de las bases y la convocatoria en sí misma no puede considerarse como un acto favorable cuya modificación por razones de legalidad haya de someterse a un procedimiento de revisión de oficio hasta que ésta sea susceptible de producir efectos, circunstancia que no se manifiesta antes de la publicación de su anuncio en el Boletín Oficial del Estado.

En el supuesto que nos ocupa, dado que la convocatoria sólo ha sido objeto de publicación en el Boletín Oficial del Principado de Asturias, hemos de concluir que la declaración de nulidad sometida a consulta no requiere la previa instrucción de un procedimiento de revisión de oficio, al amparo de lo dispuesto en el artículo 102 de la LRJPAC.

**CUARTA.-** Reconocido que no corresponde a este Consejo dictaminar preceptivamente el asunto sometido a consulta, dejamos únicamente constancia de un criterio homogéneo en relación con el mantenido ante otros supuestos planteados por la misma autoridad consultante.

En efecto, el motivo invocado por la Administración para anular las bases se revela plenamente justificado, ya que es palpable la infracción del derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, consagrado en el artículo 23.2 de nuestra Carta Magna. Ha entendido el Tribunal Constitucional que la relación entre el contenido de dicho precepto y el del artículo 103.3 de la Constitución conduce a concluir que vulnerarían el principio de igualdad

aquellos requisitos y condiciones para el acceso que, sin referencia a los conceptos de mérito y capacidad, establezcan una diferencia entre las personas aspirantes, y también que el derecho proclamado en el repetido artículo 23.2 conlleva una nota de excepcionalidad para las llamadas “pruebas restringidas” y la necesidad de una objetiva justificación de las diferencias apreciables entre las pruebas que rigen para el turno libre y las de promoción interna, por lo que existirá infracción del derecho fundamental no sólo en los supuestos de reserva encubierta de funciones públicas ad personam, sino también “cuando se produzca una diferencia de trato o, como en otros casos se ha sostenido, una quiebra relevante del procedimiento, que haría arbitraria la decisión que en esas condiciones se dictase” (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 107/2003, de 2 de junio). En suma, nos encontramos ante una singular proyección del derecho fundamental a la igualdad, proclamado por el artículo 14 de nuestra Constitución, y cuya vigencia, según constante jurisprudencia, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida por la norma que pudiera amparar la excepción.

Con base en esta doctrina, este Consejo Consultivo entiende que asistimos aquí a esa lesión del contenido esencial de un derecho susceptible de amparo, en la medida en que las bases de la convocatoria, que constituyen un acto de trámite cualificado susceptible de impugnación autónoma, reducen por debajo del mínimo admisible las exigencias para el acceso a la función pública, consagrando una diferencia de trato claramente desproporcionada entre los aspirantes del turno libre y los de la promoción interna.

Ciertamente, el legislador estatal, después de fijar unos parámetros en atención a los principios de igualdad, mérito y capacidad, ampara, tratándose de promoción interna, “la exención de las pruebas sobre aquellas materias cuyo conocimiento se haya acreditado suficientemente en las de ingreso al Cuerpo o Escala de origen” (artículo 77 del Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995,

de 10 de marzo), pero sin que, en ningún caso, pueda esta excepción desnaturalizar la esencia del sistema, que descansa sobre los reseñados principios por mandato constitucional, recogido en la legislación de la función pública y en el vigente artículo 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

En el supuesto que nos ocupa, los 90 temas programados para el turno libre -mínimo autorizado por las normas básicas-, se reducen a 45 para la promoción interna, incluyéndose entre ellos los considerados “indispensables” en el informe librado por la Jefa del Servicio de Gestión Económica y Presupuestos, por lo que esta aminoración no merece, por sí misma, un reproche constitucional. Ahora bien, fuera de toda proporcionalidad, el ejercicio teórico (que para el turno libre consiste en una exposición oral sobre el conjunto del temario, como es frecuente), se contrae en la promoción interna, fuera de todo comedimiento o proporción, a un “ejercicio tipo test” restringido a los temas “2, 3, 4, 11, 13, 14, 15, 16, 17” del bloque de financiero, y que “sumará un máximo de 4 puntos, siendo necesario al menos 2 puntos para (la) superación de esta prueba (...). No puntuarán las respuestas erróneas de forma negativa”.

En conclusión, del conjunto de la prueba planteada se deduce una excesiva relajación de los parámetros que, trasunto de los principios constitucionales, se fijan en el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las Reglas Básicas y los Programas Mínimos a que debe ajustarse el Procedimiento de Selección de los Funcionarios de Administración Local, sin que la atención que, sin duda, merece la promoción interna alcance a justificar un recorte tan desproporcionado de aquellas exigencias comunes.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede revisar de oficio el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 23 de julio de 2009, por el que se aprueban las bases y la convocatoria para la provisión de una plaza de la Escala de

Administración General, Subescala Técnica, debiendo dejar sin efecto la Administración el citado Decreto, como se indica en el cuerpo de este dictamen.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE AVILÉS.