

Expediente Núm. 427/2009
Dictamen Núm. 38/2010

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 3 de diciembre 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 22 de abril de ese mismo año, por el que se aprueban las bases y las convocatorias para la provisión de dos plazas de funcionario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Por Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 22 de abril de 2009 se aprueban las bases y las convocatorias para la provisión de dos plazas de la Escala de Administración Especial, Subescala Técnica Superior, Arquitecto, ofertándose una de las plazas prioritariamente por promoción interna y subsidiariamente por turno libre y la otra por consolidación de empleo.

2. El expediente relativo a la provisión de las vacantes se abre con una propuesta del Concejal Responsable del Área de Urbanismo, datada el 26 de marzo de 2009, interesando la apertura del proceso selectivo.

Obra a continuación la propuesta dirigida a la convocatoria de una de las plazas prioritariamente por promoción interna y subsidiariamente por turno libre, rubricada por el Concejal Responsable de Personal con fecha 6 de abril de 2009. En ella se propone “aprobar el proyecto de bases” que se adjunta y “convocar (las) pruebas selectivas para la provisión de la citada plaza”. Las referidas bases programan su cobertura por el sistema de concurso-oposición, incluyendo un temario integrado por 92 temas, distribuidos en cinco bloques, de los cuales los correspondientes a la parte general (18 temas sobre derecho público general y local) y a los bloques intitulados “normativa municipal” y “disciplina urbanística y normativa sobre edificación y arquitectura” (otros 29 temas) indican en su encabezamiento que son “sólo para turno libre”. Se articulan, para ambos turnos, una fase de concurso y otra de oposición, integrada ésta por dos pruebas de acceso. La primera, de orden teórico, “consistirá en la realización de un ejercicio tipo test” -restringido a la “parte general” en el turno libre y al bloque llamado “legislación urbanística y sectorial” en el de promoción interna (30 temas)-, y que “sumará un máximo de 4 puntos”, siendo necesario al menos 2 puntos para la superación de esta prueba, a lo que se añade, sólo para la promoción interna, que “no puntuarán las respuestas erróneas de forma negativa”. La segunda, “de carácter práctico”, se subdivide en cuatro ejercicios en los que se requiere elaborar dos informes y “uno o varios supuestos planteados por el Tribunal”, y “desarrollar por escrito (...) cinco temas elegidos al azar (cuatro para la promoción interna), correspondientes uno a cada una de las partes en que se encuentra dividido el programa” (prescindiendo de la “parte general” en el caso de la promoción interna). Para ambos turnos se aclara que “cada ejercicio sumará un máximo de 2 puntos, de modo que esta segunda prueba podrá llegar a sumar un máximo de 8 puntos, siendo necesario al menos 4 puntos” para entenderla superada.

Una nueva propuesta del Concejal Responsable de Personal, también de fecha 6 de abril de 2009, se dirige a la aprobación del proyecto de bases y de la convocatoria de la otra vacante por consolidación de empleo, “de conformidad con el acuerdo suscrito entre la representación del gobierno municipal y las secciones sindicales”. Se acompañan las citadas bases, que programan su cobertura por el sistema de concurso-oposición, incorporando un temario idéntico al que rige el turno libre de la convocatoria antes descrita. Se bareman, para la fase de concurso, con un punto, cada año de servicios prestados en “la misma plaza objeto de la convocatoria en el Ayuntamiento de Avilés”, y con 0,20 cada año de desempeño de idéntico puesto en una Administración distinta. Se articulan, para la fase de oposición, dos pruebas: la primera “consistirá en la realización de un ejercicio tipo test (...) sobre la parte general del programa”, la cual “sumará un máximo de 4 puntos”, aclarándose que “no puntuarán las respuestas erróneas de forma negativa”; la segunda, “de carácter práctico”, se subdivide en cuatro ejercicios en los que se requiere elaborar dos informes y “uno o varios supuestos planteados por el Tribunal”, y “desarrollar por escrito (...) cuatro temas elegidos al azar”, correspondientes a cada uno de los bloques del programa, con exclusión de la denominada “parte general”. Se aclara que ambas pruebas (el test y el “práctico”) constituyen “ejercicios de una misma prueba, de modo que son sumatorios, pudiendo alcanzar, en conjunto, un máximo de 12 puntos y siendo necesario al menos 6 puntos, en conjunto, para entender superada esta fase”.

Tras certificar la Secretaria General del Ayuntamiento que los puestos se encuentran vacantes y ocupados interinamente, uno de ellos antes de 1 de enero de 2005, se adjuntan al expediente los oficios de remisión a las secciones sindicales y un informe de la Jefa del Servicio de Recursos Humanos, fechado el 8 de abril de 2009. En él se detalla que las plazas pertenecen a la oferta de empleo público de 2008, y se reproduce parcialmente el acuerdo alcanzado en negociación colectiva “el pasado día 13 de marzo”, en el cual se pactó que “las plazas desempeñadas por personal interino o indefinido o temporal antes del 1 de enero de 2005, que se incluyan en la OEP 2008, 2009, 2010 y 2011, se

tramitarán como consolidación de empleo (...). Los exámenes teóricos serán tipo test./ En la promoción interna los temarios serán la mitad de los legalmente exigidos". Igualmente se recogió, en el referido acuerdo, un baremo para la valoración de méritos, que es el incorporado a las propuestas de convocatoria, y la estructura de los ejercicios de la fase de oposición, que es también la reproducida en los proyectos de bases, permitiéndose que la prueba teórica de la promoción interna prescindiera de las materias comunes cuando "ya se hayan tenido en cuenta para (el) acceso al grupo y subgrupo desde el que se promociona". Observa la informante que, puesto que la plaza afectada por el proceso de consolidación "está provista de forma interina con anterioridad a 1 de enero de 2005", las bases propuestas "cumplen con los requisitos negociados y acordados", añadiendo que respetan la normativa aplicable.

Tras un oficio de archivo del expediente, relativo a una anterior convocatoria de "tres plazas de Arquitecto municipal", obra en lo actuado un informe de la Intervención, seguido del traslado del Decreto aprobatorio de las bases y de las convocatorias a las representaciones sindicales, y publicándose las mismas en el Boletín Oficial del Principado de Asturias y en el Boletín Oficial del Estado los días 15 y 28 de mayo de 2009, respectivamente, abriéndose entonces el plazo para la presentación de solicitudes. Constan incorporados al expediente las presentadas por los interesados.

Por Decreto del Concejal Responsable de Personal, datado el 29 de junio de 2009, se aprueba la lista provisional de admitidos y excluidos a las pruebas objeto de convocatoria cuya plaza se prevé sea cubierta prioritariamente por promoción interna y subsidiariamente por turno libre, ordenándose su publicación, así como la de la composición del Tribunal calificador, y señalándose la fecha de comienzo de las pruebas para el día 17 de noviembre de 2009.

Por Decreto del mismo Concejal, fechado el 7 de julio de 2009, se aprueba la lista provisional de admitidos y excluidos a las pruebas objeto de convocatoria cuya plaza se prevé sea cubierta por consolidación de empleo, ordenándose su publicación, así como la de la composición del Tribunal

calificador, y señalándose la fecha de comienzo de las pruebas para el día 16 de septiembre de 2009.

Ambos decretos otorgan un plazo para subsanación de defectos de 10 días desde su publicación oficial, que tuvo lugar en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 4 de agosto de 2009.

A continuación, se adjunta al expediente diversa documentación adicional presentada por algunos interesados que resultaron excluidos de las pruebas.

Por Decretos de 24 de agosto de 2009 se aprueban las listas definitivas de admitidos y excluidos, reiterándose la composición del Tribunal calificador y el señalamiento de la fecha para el comienzo de las pruebas.

Tras las comunicaciones efectuadas a los miembros del Tribunal, se adjunta una copia del acuerdo alcanzado en negociación colectiva sobre "criterios para la selección de personal", apareciendo tachada la cláusula por la que se estipula que los ejercicios de la fase de oposición constituyen una misma prueba, bastando alcanzar la media entre ambos; enmienda que se salva bajo firma.

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 de 22 de abril de 2009, aprobatorio de las bases y las convocatorias para la provisión de las plazas citadas, así como su suspensión.

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 los decretos que compartían defectos anulatorios. En los fundamentos de derecho se razona que la anulación de los decretos 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, “en cuanto a la valoración de los servicios prestados, se establece en los criterios pactados una diferencia de trato carente de justificación alguna, ya que sólo se valora con 1 punto por año la experiencia (...) a los aspirantes que sean personal (...) del Ayuntamiento de Avilés”. Se añade 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 las bases y las convocatorias 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 las convocatorias, 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 los aspirantes admitidos y a las representaciones sindicales, con indicación de apertura del plazo para interponer recurso, y previa publicación en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de un extracto expresivo de la suspensión del proceso selectivo, el día 5 de noviembre de 2009 se libra por la Alcaldía una nueva comunicación a aquellos destinatarios, con advertencia ahora de la puesta de manifiesto del

expediente para alegaciones, supliéndose mediante edictos las notificaciones que no pudieron practicarse.

Con fecha 11 de noviembre de 2009 tiene entrada en el registro municipal un escrito de uno de los aspirantes, que se limita a solicitar que se tenga por presentada su instancia en el supuesto de seguir adelante el proceso selectivo.

El día 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 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 3 de diciembre 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 mínimo de 90 temas”. Razona, a continuación, que el número de temas no es inferior al legalmente exigido, pero “a la hora de evaluar (los) ejercicios teóricos se establece el carácter (...) no eliminatorio de una parte de éstos”, porción que abarca 74 temas (los que se refieren al ejercicio de la prueba “práctica” consistente en “desarrollar por escrito (...) temas elegidos al azar, correspondientes uno a cada una de las partes” en que se encuentra dividido el programa). A la vista de la estructura de las pruebas, deduce la informante que “puede ocurrir que un opositor acceda a la Administración pública como Grupo A1 superando una prueba teórica de 18 temas (para el acceso por turno libre) o de 30 temas (para el acceso mediante promoción interna), siempre que alcance en las pruebas prácticas (ejercicios nº 2, 3 y 4 de la segunda prueba) 4 puntos”.

En cuanto a la convocatoria por consolidación, se añade a lo anterior “la vulneración de lo dispuesto para la consolidación en la disposición transitoria cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”, con cita de la doctrina constitucional sobre la excepcionalidad de este sistema de acceso, que requiere de específica cobertura por ley formal y no escapa a los comunes principios de igualdad y mérito, concluyéndose que la baremación diferenciada del desempeño de idéntico puesto, en función de que los servicios se hubieran prestado en la Administración convocante o en otras distintas, no encuentra adecuada justificación ni resiste un juicio de proporcionalidad.

Obra en el expediente un último Decreto de la Alcaldía, datado el 3 de diciembre 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 3 de diciembre de 2009, registrado de entrada el mismo día, 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 22 de abril de 2009, por el que se aprueban las bases y la convocatoria para la provisión de dos plazas de la Escala de Administración Especial, Subescala Técnica Superior, Arquitecto, 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, en los términos de 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 es objeto de este 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 2006, 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.

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, existiendo una lista definitiva de admitidos y excluidos, hemos de concluir que la declaración de nulidad sometida a consulta requiere la previa instrucción de un procedimiento de revisión de oficio, al amparo de lo dispuesto en el artículo 102 de la LRJPAC.

CUARTA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 102.1 de la LRJPAC dispone que “Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (...), declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1”. No obstante, el artículo 106 de la referida LRJPAC establece que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada “cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

En el caso que examinamos, iniciado el procedimiento de revisión de oficio por Decreto de la Alcaldía de 9 de septiembre de 2009, con anterioridad a cualquier consolidación de derechos, es claro que no concurre ninguno de los supuestos citados.

Con arreglo a lo establecido en el artículo 102.5 de la LRJPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de tres meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Comoquiera que el Ayuntamiento adoptó el acuerdo de incoación el día 9 de septiembre de 2009, una vez transcurridos los tres meses, habría de declararse por aquél la caducidad del procedimiento. No obstante, la

Administración ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución hasta la emisión de dictamen por este Consejo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC, por lo que, a la vista de la fecha de la petición dirigida a este Consejo (el día 3 de diciembre de 2009), hemos de concluir que no ha transcurrido el plazo máximo legalmente establecido, debiendo reanudarse su cómputo el día de recepción de este dictamen.

QUINTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que éste se configura como un instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de examinar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En tal sentido, debemos comenzar por analizar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio. La LRJPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a hacer una referencia al “órgano competente”. Por ello, tratándose de una entidad local, hemos de acudir al régimen establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), y en su normativa de desarrollo. En concreto, a la hora de determinar qué órgano es el competente, debemos atender a la norma reglamentaria de aplicación, contenida en el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. Este precepto atribuye la competencia al órgano municipal respectivo en relación con sus propios actos, estableciendo que, sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la LRBRL, “los órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos, en los términos y con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”. Consecuentemente, este Consejo entiende que puede sostenerse la

competencia de la Alcaldía para la revisión de oficio de sus propios actos. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones (entre ellas, Sentencia de 27 de abril de 1988, Sala de lo Contencioso-Administrativo).

Por otro lado, se han cumplido los trámites esenciales del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente a los interesados, se ha adoptado un acuerdo de iniciación y se ha elaborado un informe y una propuesta de resolución que responden a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 54.1.b) de la LRJPAC.

No obstante, hemos de señalar que no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar a los interesados, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo, puesto que, si bien se notifica a los afectados la incoación del procedimiento y se les indica accidentalmente su plazo, dicha comunicación no se ajusta a los términos y contenidos del precepto citado.

SEXTA.- Entrando ya en el fondo del asunto, hemos de comenzar por decir que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, constituye un procedimiento excepcional. Este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, bien por propia iniciativa o a instancia del interesado, sin intervención judicial, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad. En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la interpretación de los supuestos objeto de revisión de oficio, establecidos en el artículo 62.1 de la LRJPAC, debe ser restrictiva; de lo contrario, perdería efectividad la garantía que entraña la diferenciación entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables y su sometimiento a regímenes jurídicos de anulación distintos.

En el caso ahora examinado, la causa de nulidad invocada es la establecida en el apartado a) del artículo 62.1 de la LRJPAC, al considerarse que se lesiona el derecho a acceder a la función pública en condiciones de

igualdad.

En relación con esta causa, el artículo 62.1 de la LRJPAC dispone que son nulos de pleno derecho los actos “que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”. Debemos entender, partiendo del principio de interpretación restrictiva que preside las causas de nulidad radical, que la subsunción en este precepto de la pretendida violación exige una quiebra inequívoca del derecho fundamental vulnerado. En el supuesto que nos ocupa, el derecho invocado es el de acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, consagrado en el artículo 23.2 de nuestra Carta Magna, habiendo 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 tal 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 las convocatorias, que constituyen un acto de trámite cualificado susceptible de impugnación autónoma, reducen por debajo del *mínimum* admisible las exigencias para el acceso a la función pública, consagrando una diferencia de trato claramente desproporcionada en relación con las que se consideran comunes para la incorporación del personal a la carrera administrativa.

Ciertamente, el legislador estatal, después de fijar unos parámetros en atención a los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículo 8 del 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 la Administración Local), 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 siempre 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.

Asimismo, el legislador, después de fijar reglamentariamente los mentados parámetros para la Administración local, ofrece cobertura, bajo el doble signo de la transitoriedad y de la excepcionalidad, a las convocatorias de consolidación de empleo para puestos desempeñados interinamente con anterioridad a 1 de enero de 2005 (disposición transitoria cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público). Sobre este sistema de acceso, el Tribunal Constitucional tiene declarado que introduce una desigualdad de trato, por lo que sólo es legítimo cuando, estando previsto puntualmente en una norma con rango de ley, responda a un interés público

atendible y aquella desigualdad se manifieste razonable y proporcionada, sin que tampoco pueda este cauce excepcional desnaturalizar la vigencia de los reiterados principios de igualdad y mérito. En efecto, la misma norma que aquí ampara el proceso de consolidación, la disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público, se ocupa de recordarnos la vigencia de los principios constitucionales, con remisión expresa a los criterios comunes de acceso a la función pública.

Centrándonos en la convocatoria por promoción interna y por turno libre, observamos que la única prueba teórica cuya superación se exige se contrae a “un ejercicio tipo test”, restringido a la “parte general” (18 temas) en el turno libre y al bloque denominado “legislación urbanística y sectorial” en el de promoción interna (30 temas)-, y que “sumará un máximo de 4 puntos”, bastando 2 para el aprobado. Si bien se añade una segunda prueba de orden teórico en un posterior ejercicio, confusamente llamado “práctico”, requiriendo un desarrollo escrito que abarca ab initio la generalidad del temario, hemos de subrayar, como acertadamente razona la propuesta de resolución, que esta segunda prueba, al valorarse en media aritmética con tres prácticas de igual puntuación, no se configura, en rigor, como un requisito sustancial de acceso ni alcanza a cumplimentar la parquedad de la primera, pudiendo el opositor superarla sin necesidad de demostrar un mínimo conocimiento en su exposición. En suma, al margen de toda proporción, la prueba teórica se contrae a un ejercicio tipo test harto restringido, violentando el derecho fundamental a la igualdad.

Asimismo, advertimos que, excluida, según lo argumentado, la consideración del desarrollo escrito de los temas en la apreciación del cumplimiento de aquel mínimo común denominador que rige el acceso a la función pública, tampoco aparece justificada la reducción de la primera prueba en el turno de promoción interna a uno de los cinco bloques que integran el programa. En efecto -y sentado que este vicio se denuncia per se y no en comparación con el turno libre, que es también en exceso fragmentario-, las materias que pueden sustraerse al ejercicio teórico de selección son sólo

aquellas “cuyo conocimiento se haya acreditado suficientemente en las de ingreso al Cuerpo o Escala de origen” (artículo 77 del citado Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado), lo que, cabalmente, no se compeadece con la exclusión indiscriminada de tres cuerpos de conocimientos técnicos ligados a la especialidad.

En el supuesto de consolidación de empleo, los 92 temas programados se reducen también en exceso, fuera de todo comedimiento, en el esencial ejercicio teórico, que es el garante de aquel *mínimum común e inderogable* para el acceso a la función pública. Así, se articulan, para la fase de oposición, dos pruebas semejantes a las anteriormente analizadas y que incurren en idéntico vicio, al prescindir de la valoración separada de los ejercicios teóricos. Según esa estructura viciada, la prueba de tipo test (que sumará un máximo de 4 puntos) y las otras cuatro que le subsiguen (una de ellas de corte teórico, valorada con un tope de 2 puntos) constituyen “ejercicios de una misma prueba, de modo que son sumatorios, pudiendo alcanzar, en conjunto, un máximo de 12 puntos y siendo necesario al menos 6 puntos, en conjunto, para entender superada esta fase”. A la vista de tales condiciones, es claramente visible que el ejercicio teórico queda reducido a un mero trámite o formalidad, llegando a privarle de su sustancia, pues, además de lo nimio de su contenido, puede superarse la fase de oposición sin necesidad de acreditar un cierto conocimiento en esta prueba troncal para el acceso al empleo público.

En conclusión, del conjunto de las pruebas planteadas 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, legítimamente, puedan merecer la promoción interna o la consolidación del empleo temporal alcance a justificar un recorte tan desproporcionado de aquellas exigencias comunes.

Por otra parte, se observa que, en la fase de concurso del proceso de consolidación, se barema con 1 punto cada año de servicios prestados en el

puesto objeto de la convocatoria en el propio Ayuntamiento de Avilés y con 0,20 cada año de desempeño de idéntico puesto en cualquier Administración distinta; singularidad de trato ésta que no encuentra justificación razonada y que, a la vista de su desproporcionada entidad, conduce abiertamente contra el principio y derecho fundamental de igualdad.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede revisar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho del Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 22 de abril de 2009, por el que se aprueban las bases y las convocatorias para la provisión de dos plazas de la Escala de Administración Especial, Subescala Técnica Superior, Arquitecto.”

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.