

Expediente Núm. 135/2012
Dictamen Núm. 203/2012

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
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 5 de julio de 2012, 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 30 de mayo 2012, examina el expediente de revisión de oficio, incoado a instancia de parte, del Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 2 de agosto de 2006, por el que se cesa como Jefe de Equipo al trabajador nombrado en virtud de un concurso de méritos, en ejecución de la sentencia ganada por otro aspirante.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Por Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 2 de agosto de 2006 se cesa como Jefe de Equipo al empleado nombrado para dicho puesto, en virtud de un concurso de méritos, por Decreto de 24 de noviembre de 2005, en ejecución de la sentencia ganada por otro de los aspirantes.

2. El expediente relativo al concurso de traslados se abre con un informe de la Técnico del Departamento de Personal, fechado el 30 de agosto de 2002, en el que se identifican las vacantes de necesaria cobertura y se propone su provisión mediante concurso específico. Se unen, a continuación, las bases del concurso de méritos, las instancias presentadas, los recursos de reposición presentados contra las bases y las listas de admitidos y excluidos, desestimados por el Consistorio.

Aprobada la lista definitiva de admitidos y excluidos y designado el Tribunal calificador, se publica en el tablón de edictos municipal la valoración de los méritos y, con fecha 21 de mayo de 2003, uno de los aspirantes presenta escrito solicitando, entre otros extremos, que se le valore el desempeño de funciones en una empresa privada.

Desestimada esta pretensión, por Decreto de la Alcaldía de 30 de mayo de 2003 se dispone el nombramiento de los empleados propuestos por la Comisión de Valoración. Frente a esta Resolución, el mismo interesado plantea, en un primer momento, recurso de reposición, que también es desestimado, y, posteriormente, recurso contencioso-administrativo, resuelto de forma parcialmente estimatoria mediante Sentencia de 23 de enero de 2004. Esta Sentencia razona que la base del concurso cuya interpretación se discute -base 5º 1.b)- puntúa el trabajo desarrollado en el "área" en que se incardina el puesto, lo que no ha de entenderse referido a "área" o ámbito de la Administración, tal como pretende el Consistorio, sino al sector profesional de actividad, ya sea pública o privada. El fallo judicial, confirmado en apelación, ordena retrotraer las actuaciones al momento en que debieron valorarse adecuadamente los méritos.

En ejecución de la sentencia recaída, se pone de manifiesto el expediente a los interesados a efectos de que puedan formular alegaciones y presentar documentación y, a la vista de lo aportado y del informe de la Comisión de Valoración, la Alcaldía dicta el Decreto de 24 de noviembre de 2005, por el que se nombra en el puesto de Jefe de Equipo de Alumbrado al aspirante que ganó

la sentencia, valorándose su experiencia en relación con uno solo de los puestos de Jefe de Equipo (el de Alumbrado) que habían sido solicitados por el mismo.

Previo informe de la Técnico de la Sección de Relaciones Laborales, de 30 de enero de 2006, mediante Decretos de la propia Alcaldía de 3 de febrero de 2006 se desestiman las reclamaciones interpuestas contra la decisión anterior (incluyendo la deducida por quien ahora solicita la revisión de oficio) con expresa reseña de los recursos que proceden frente a la decisión del Consistorio. Por Decreto de idéntica fecha, y siguiendo el criterio de la informante, se estima parcialmente la reclamación formulada por el aspirante beneficiado por el fallo judicial (sin que medie nuevo acuerdo de la Comisión de Valoración), valorándose su experiencia en relación con los tres puestos que había solicitado, con lo que es propuesto para el nombramiento en todos ellos: el de Jefe de Equipo, código 721, por el que finalmente opta, y los de Jefe de Equipo de Alumbrado y Jefe de Equipo con código 911 (se le reconocen 13,42 puntos en el puesto de Jefe de Equipo con código 721; 13,25 en el de Jefe de Equipo de Alumbrado; y 13,42 puntos en el de Jefe con código 911). Se razona en este Decreto que si “entre los puestos de Jefe de Equipo existe similitud en el contenido técnico, responsabilidad y especialización, la Comisión de Valoración debiera, en ejecución de sentencia, y por imperativo de la misma, haber valorado la experiencia (...) no sólo en relación con un puesto de Jefe de Equipo, sino con todos los puestos de Jefe de Equipo a que aspiraba el interesado”.

Notificada esta última resolución a los interesados (al que promueve esta revisión, el 21 de febrero de 2006), solo consta la presentación de recurso por otro de los aspirantes, quien aporta un certificado de la empresa en la que prestó servicios el operario que ganó la sentencia, expresivo de que “no existe constancia en los archivos de que el citado (...) hubiese desempeñado labores como Jefe de Equipo”. Frente a ello, el afectado aporta certificación expedida por el director gerente de la referida empresa, en la que se ratifica en el contenido de la expedida con anterioridad, confirmando el desempeño de labores de Jefe de Equipo. Adjunta escrito registrado el 31 de mayo de 2005, por el que el propio afectado manifiesta optar por la plaza de Jefe de Equipo (721).

Mediante Decreto de la Alcaldía de 2 de agosto de 2006, el mencionado aspirante beneficiado por el fallo judicial, es nombrado en la indicada plaza (código 721), de la que toma posesión, y se cesa al ahora promotor de la revisión de oficio. Este último interpone recurso frente al citado Decreto, que es inadmitido mediante resolución judicial del Juzgado Nº 1 de Oviedo, de 6 de junio de 2007. El fallo se funda en que la resolución impugnada es mera ejecución de otra anterior (el Decreto de 3 de febrero de 2006, frente al que se aquietó el ahora recurrente), que ya reconocía la experiencia a otro aspirante y lo proponía para el nombramiento en tres puestos, siendo "lógica consecuencia y ejecución de ello" el posterior nombramiento en el puesto por el que ese aspirante ha optado, lo que constituye el único objeto del Decreto impugnado. Consta la presentación de recurso de apelación contra esta sentencia, que queda confirmada, según se recoge en un posterior escrito de demanda del recurrente, el 19 de septiembre de 2009.

También se documenta la presentación por el mismo interesado, el 2 de marzo de 2009, de un recurso extraordinario de revisión contra las calificaciones del concurso de méritos, fundado en "error de hecho" por no haberse valorado la experiencia en el sector privado de los aspirantes que concurrían con el que obtuvo la sentencia favorable. Más adelante, obra en las actuaciones la resolución del Ayuntamiento, recaída el 9 de marzo de 2009, que inadmite este recurso extraordinario.

El mismo actor interpone un nuevo recurso judicial frente al Decreto de 2 de agosto de 2006, invocando ahora una desigualdad de trato al no haberse valorado la experiencia en el sector privado del perjudicado que, según sostiene, le hubiera reportado una puntuación mayor que quien ocupó uno de las puestos a los que aspiraba (el de código 911). Según se relata en el antecedente quinto de la sentencia que resuelve este recurso, el actor promovió un incidente de ejecución de sentencia, inadmitido mediante auto de 26 de octubre de 2009, frente al cual presentó recurso de apelación, desestimado por sentencia de 9 de marzo de 2010 en la que se concluye que "el presunto perjudicado debe acudir a una vía distinta a la del incidente en aras a subsanar su posible lesión que

denuncia" al no efectuar el Ayuntamiento la misma valoración de los restantes opositores, eventual vicio éste nuevo y autónomo que se escapa del estricto ámbito de un incidente de ejecución de sentencia, razón por la que el perjudicado plantea el nuevo recurso. La sentencia, dictada por el Juzgado el 20 de diciembre de 2011, inadmite el recurso "por no haber agotado la vía administrativa previa", presentando el recurrente apelación, admitida por diligencia de fecha 27 de enero de 2012. El nombrado en el puesto controvertido se opone a la apelación, invocando la inadmisibilidad del recurso y la ausencia en el recurrente de méritos no valorados.

3. Con fecha 13 de enero de 2012, tiene entrada en el registro municipal un escrito del trabajador cesado en el puesto con código 721, solicitando la revisión de oficio de la Resolución de la Alcaldía de 2 de agosto de 2006, que considera dictada "sin que previamente, la Comisión de Valoración puntuara a todos los aspirantes con igualdad de criterio y valoración de todos los méritos alegados".

Invoca únicamente la lesión del derecho fundamental a la igualdad consagrado en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución.

4. Previo informe del Director de Recursos Humanos del Ayuntamiento, el Concejal responsable del área resuelve, el 28 de marzo de 2012, por delegación de la Alcaldía según consta en la antefirma, iniciar el procedimiento de revisión de oficio, así como "solicitar el dictamen preceptivo al Consejo Consultivo", suspender el plazo por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del dictamen, y notificar la Resolución a los interesados, a lo que se añade que "transcurrido el plazo de tres meses desde el inicio del procedimiento sin dictarse resolución se producirá la caducidad del mismo".

5. Mediante escrito del mismo Concejal de 29 de marzo de 2012, se evacua el trámite de audiencia, concediendo a los interesados un plazo de diez días para alegaciones, lo que se comunica personalmente a los trabajadores que se presentaron al concurso para la cobertura de la plaza de Jefe de Equipo.

Uno de ellos presenta escrito de alegaciones, indicando que la revisión instada por el cesado se constriñe a los puestos cuya cobertura queda alterada por el Decreto impugnado, sin que pueda extenderse a otros.

El nombrado en ejecución de sentencia también formula alegaciones, reiterando que los trabajos desempeñados por el perjudicado en el sector privado fueron adecuadamente valorados en el concurso.

El cesado presenta, igualmente, escrito de alegaciones, cuestionando la puntuación otorgada al nombrado por formación, reclamando la revisión de la suya, y haciendo valer de nuevo el certificado expresivo de que "no existe constancia en los archivos" de la empresa en la que trabajó su oponente de que "hubiese desempeñado labores como Jefe de Equipo".

6. Con fecha 30 de abril de 2012, la Alcaldía dicta propuesta de resolución en sentido desestimatorio, por cuando no cabe acudir a la revisión de oficio "ante el fracaso de obtener judicialmente la deseada nulidad".

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de mayo de 2012, registrado de entrada el día 1 del mes siguiente, 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 la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés de 2 de agosto de 2006, por el que se cesa como Jefe de Equipo al trabajador nombrado en virtud de un concurso de méritos, en ejecución de la sentencia ganada por otro aspirante, adjuntando a tal fin copia 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 l), 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 de los actos cuya declaración de nulidad es objeto de este procedimiento de revisión de oficio.

Está legitimado para solicitar el inicio del procedimiento de revisión de oficio el empleado que lo insta, en cuanto directo perjudicado por la decisión administrativa que se impugna.

TERCERA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que este 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 acudir 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 (en adelante ROF). 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 Ley 7/1985, de 2 de abril, "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).

En el presente caso, el Decreto impugnado procede de la propia Alcaldía, a la que atañe la dirección del personal, si bien en la resolución de incoación se alude a una delegación de competencias en la materia, sin que en el expediente se documente la señalada delegación ni se explicita su alcance en relación a las facultades revisoras. Ciertamente, corresponde a la Alcaldía la competencia para el nombramiento del personal, conforme al artículo 21.1.g) de la LRBRL, sin perjuicio de la posibilidad de delegación. No obstante, faltando una constancia de esta o de su extensión, no puede este Consejo verter un pronunciamiento terminante en torno a la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio, que habrá de concretarse a la luz del acuerdo de delegación, y será la propia Alcaldía siempre que no se hubiera conferido expresamente a la concejalía de personal en el reiterado acuerdo.

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

No obstante, advertimos la concurrencia de determinadas irregularidades formales en la tramitación del procedimiento. La primera de ellas consiste en

que, no constando instructor, ciertos actos de trámite, como el de audiencia o la propuesta de resolución, son evacuados por el Concejal responsable del área o por la propia Alcaldía. Se aprecia, igualmente, que ciertos documentos que afectan a la pretensión anulatoria no se incorporan al expediente (entre ellos, los relativos a la sentencia que confirma la recaída el 6 de junio de 2007, o el auto de 26 de octubre de 2009, que inadmite el incidente de ejecución de sentencia), uniéndose a las actuaciones otros ajenos a la acción ejercitada.

Se observa, asimismo, que la audiencia a los interesados se ventila prematuramente, cuando solo obran en las actuaciones las consideraciones de fondo vertidas por el solicitante de la revisión. Ello no obstante, lo actuado ofrece elementos objetivos suficientes para la resolución del procedimiento, documentándose también, en este y en anteriores, los fundamentos de la oposición del Consistorio y otros aspirantes a las pretensiones del cesado. Por ello, en aplicación del principio de economía procesal, no cabe estimar necesaria la retroacción de actuaciones cuando, de subsanarse los posibles defectos procedimentales, es de prever, en buena lógica, que se produciría la misma propuesta de resolución.

Por otra parte, 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, dicha comunicación no se ajusta a los términos y contenidos previstos en el artículo citado.

También se aprecia que en el acuerdo de incoación se incluye confusamente la indicación de caducidad del procedimiento por el transcurso del plazo de tres meses, cuando no es tal efecto -sino el de desestimación presunta, sin perjuicio de que subsista la obligación de resolver-, el que produce el agotamiento del plazo legal en los procedimientos de revisión de oficio iniciados a solicitud de parte interesada.

CUARTA.- Entrando en el fondo del asunto, el perjudicado solicita al Ayuntamiento de Avilés la revisión de oficio del Decreto de 2 de agosto de 2006, por el que se le cesa como Jefe de Equipo (código 721) en ejecución de la sentencia ganada por otro aspirante, constando en las actuaciones que el cesado se aquieta ante una anterior decisión administrativa -en la que ya se dirime el nudo de la controversia-, e invoca tardíamente, ante la jurisdicción, los vicios en que funda su derecho, obteniendo dos sentencias desfavorables.

Cabe en este sentido compartir el sentido desestimatorio de la propuesta de resolución en la medida en que el acto impugnado, el citado Decreto de 2 de agosto de 2006, ha sido confirmado en vía judicial por ser mera ejecución de una resolución anterior (el Decreto de 3 de febrero de 2006) frente a la que se aquieta el interesado promotor de la revisión de oficio. En consecuencia, la solicitud dirigida contra el Decreto de 2 de agosto, ya sometido a revisión judicial, está abocada a la inadmisión -sin necesidad, siquiera, del dictamen de este Cuerpo Consultivo-, en un procedimiento que el artículo 102 LRJPAC restringe a los actos "que no hayan sido recurridos en plazo" por el interesado.

Solo desde una perspectiva antiformalista cabría interpretar que la acción de anulación que ahora se ventila no se dirigiría contra el Decreto de 2 de agosto de 2006, tal como se sigue de la literalidad del escrito en que se promueve, sino frente al anterior de 3 de febrero del mismo año, en el que se propone el nombramiento de otro aspirante para tres puestos. Así debería interpretarse a la vista de la propia significación de la nulidad, que se comunica a los actos posteriores, no a los anteriores.

Centrada de este modo la acción de nulidad, procede subrayar que el interesado consiente la anterior decisión de 3 de febrero de 2006 que reconoce a otro aspirante la mayor puntuación en tres puestos -entre ellos, el de Jefe de Equipo (721), que él ocupa-, con lo que se está aquietando ante una resolución que ya tenía el vicio ahora invocado en el presente procedimiento de revisión de oficio. La jurisprudencia ha reiterado que no cabe que un interesado, tras aquietarse ante una decisión cuyos efectos le constan, o tras ver rechazada judicialmente la anulación perseguida, solicite la nulidad de oficio, ya sea por las

mismas u otras causas a la ya alegadas ante la jurisdicción contencioso administrativa. En consecuencia, resulta improcedente la declaración de nulidad por la vía de la revisión de oficio promovida por el interesado.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la declaración de nulidad de pleno derecho de la Resolución por la que se cesa a como Jefe de Equipo (código 721), en ejecución de la sentencia ganada por otro aspirante.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,