

Expediente Núm. 267/2016
Dictamen Núm. 263/2016

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 10 de noviembre de 2016, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Llanes de 18 de octubre de 2016 -registrada de entrada el día 21 del mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio del Decreto de 16 de diciembre de 2008, por el que se procede a la contratación de un administrativo con carácter temporal por obra o servicio sin haberse realizado prueba selectiva ni formar parte de una bolsa de empleo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. La documentación incorporada al expediente remitido se abre con un “oficio”, en una hoja carente de membrete alguno, en el que se indica que “a la vista del informe jurídico obrante en el expediente” que se señala se procede “a

instar procedimiento de revisión de oficio nombrando instructor al Vicesecretario./ Y en cuanto a la reclamación previa de reconocimiento de derechos y económicos, se solicita informe del Interventor y Secretario". En él figura "recibido 18-7-2016, 13 h y 20'" y dos rúbricas.

Ese mismo día, el Vicesecretario-Interventor del Ayuntamiento de Llanes comunica a la Alcaldía que el expediente remitido "se refiere a certificaciones de servicios prestados por distintas personas en nuestro Ayuntamiento, por lo que ruego me indique el código (...) correcto o me entregue el expediente en papel que obra en su despacho, según su indicación verbal (...). Que quien suscribe tiene solicitados y autorizados como `días` y `vacaciones` desde el 19-07 hasta el 12-08 y del 22-08 al 30-08 (...). Por tanto será a partir del 17-08, según las urgencias que marque esa Alcaldía, y en el peor de los casos a partir del 30-08 cuando pueda iniciar el expediente de `revisión de oficio`".

Con fecha 19 de julio de 2016, el Alcalde del Ayuntamiento de Llanes traslada al Departamento de Personal "el expediente personal, foliado", de la trabajadora que identifica, "llamando la atención sobre un póliza de color verde (...) que pone: `no hay informe de Intervención porque (...) si lo pedían sería negativo`./ Una vez reincorporado el (...) Vicesecretario-Interventor de sus vacaciones que proceda como instructor a iniciar los trámites legalmente establecidos para la revisión de oficio de la Resolución de 16-12-2008 (...), sin más demora./ Que se notifique la presente, adjuntando el expediente (...), al Departamento de Personal para su entrega por el mismo al (...) Vicesecretario-Interventor (...) a los efectos indicados".

Mediante oficio de 2 de agosto de 2016, el Alcalde del Ayuntamiento de Llanes informa al Vicesecretario-Interventor que el referido "expediente personal se encuentra en su Departamento de Personal y, a la vista de la demora en su tramitación debido al periodo vacacional y permisos acumulados que le han sido concedidos, el primer día de su reincorporación, 17 de agosto de 2016", deberá proceder "a la incoación del procedimiento de revisión de oficio ordenado, prosiguiendo todos sus trámites legales sin demora alguna".

Obra incorporado al expediente a continuación el Decreto de la Alcaldía de 16 de diciembre de 2008, firmado por el Concejal Delegado de Personal haciendo uso de la delegación conferida por la Alcaldesa el 2 de julio de 2007, publicada en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 30 de julio de 2007. En él, tras reseñar la normativa de aplicación en orden a la competencia, se consigna que, “considerando la propuesta de contratación (...) con destino en la Oficina Técnica Municipal”, y “vistos los informes de Tesorería y Secretaría”, se acuerda “contratar en fecha 17-12-08 a, en calidad de administrativo, con un contrato laboral temporal, por obra o servicio a tiempo completo./ La contratación se efectúa para la colaboración y apoyo en la licitación que actualmente se lleva a cabo para adjudicar la redacción del Plan General de Ordenación, así como durante el proceso de entrega de la planimetría y demás documentación a la futura empresa adjudicataria, de acuerdo con las obligaciones que para el Ayuntamiento establece el pliego de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que rigen la licitación. Se prevé un periodo estimado de dos meses para la duración del contrato”, especificándose “el salario a percibir”.

2. Con fecha 19 de agosto de 2016, el Vicesecretario del Ayuntamiento de Llanes elabora un informe en el que, tras dejar constancia del régimen legalmente establecido en el artículo 102 de la Ley 30/1992, y demás normativa de aplicación, en orden a la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, señala que “en el escrito de la Alcaldía de iniciación de este expediente de revisión de oficio no constan, como exige el art. 70” de la LRJPAC, “los hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud”, haciéndose “referencia exclusivamente a la existencia de un pólito, por lo que este defecto debería ser subsanado”, y que en el mismo sentido se pronuncia el Consejo Consultivo del Principado de Asturias (...). No obstante (...), del estudio del expediente se constata que no se realizó ningún tipo de prueba para la selección de la persona contratada, ni (...) que la misma formara

parte de ninguna bolsa de empleo en vigor, por lo que el acto en cuestión podría incurrir en una de las causas de nulidad de pleno derecho del artículo 62 de la Ley 30/1992”, precisando que, “en concreto, podría encuadrarse en las previsiones de la letra f)”.

A la vista de ello, propone que “se dicte nueva providencia de inicio del expediente de revisión de oficio con los requisitos más arriba referidos a fin de corregir los defectos detectados”, y que “se dé audiencia y vista del expediente a la interesada por plazo de entre diez y quince días, haciendo referencia a la motivación jurídica de la nulidad que se pretende, para que alegue y presente los documentos y justificaciones que estime pertinentes”.

3. El día 23 de agosto de 2016, la Alcaldesa-Presidenta en Funciones del Ayuntamiento de Llanes dicta Resolución por la que se ordena “incoar el procedimiento previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992 (...), de revisión de oficio de la Resolución dictada por el entonces Concejal Delegado de Personal (...) de 16-12-2008 de contratar” a la trabajadora que indica “en calidad de administrativo, con un contrato laboral temporal por obra o servicio determinado a tiempo completo, sin ningún tipo de prueba para la selección de la persona contratada, ni (...) que la misma formara parte de ninguna bolsa de empleo en vigor, por lo que el acto en cuestión podría incurrir en una de las causas de nulidad de pleno derecho de la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992”.

Asimismo, acuerda nombra instructor del procedimiento y disponer la apertura de “un trámite de audiencia con la interesada”.

4. El día 24 de agosto de 2016, la interesada acusa recibo de la Resolución por la que se incoa el expediente de revisión de oficio, consignando en la antefirma “no conforme”.

5. Obra incorporado al expediente, a continuación, un escrito en el que la Alcaldesa en Funciones del Ayuntamiento de Llanes comunica al Vicesecretario que “visto el oficio de la Fiscalía Superior del Principado de Asturias en las diligencias de investigación” que señala, “registrado de entrada el 19 de los corrientes reiterando informe pedido por fax de fecha 6 de junio”, se proceda “con carácter urgente” a emitir “informe del Abogado Consistorial cumplimentando lo que se pide y a cuyo efecto que por el Departamento de Personal se le entregue la documentación que se precise”.

6. Con fecha 25 de agosto de 2016, la afectada presenta en el registro del Ayuntamiento de Llanes un escrito, en modelo normalizado, en el que solicita una copia del “expediente completo de revisión de oficio” y del “expediente completo de mi contratación de fecha 16-12-2008, el cual está siendo objeto de revisión. Todo ello en el menor tiempo posible, ya que se me da plazo de audiencia de 15 días”.

A continuación, se incorpora al expediente un correo electrónico remitido desde la Vicesecretaría del Ayuntamiento de Llanes en el que se deja constancia de la presentación de dicha solicitud, y de que la misma “está en la Alcaldía pendiente de que nos deis el (visto bueno) para su entrega o no a la interesada, que pregunta por ello y (...) precisa tenerlo lo antes posible”.

Finalmente, el 31 de agosto de 2016 el Vicesecretario del Ayuntamiento traslada a la interesada una copia del expediente “de revisión de oficio” y de una parte del “expediente de contratación”.

7. El día 1 de septiembre de 2016, la interesada solicita una “copia del expediente de contratación completo”, ya que solo se le entregó una parte de él.

Mediante oficio de 6 de septiembre de 2016, el Vicesecretario remite a la interesada una “copia íntegra de su expediente de contratación”.

Con fecha 7 de septiembre de 2016, esta presenta un escrito en el registro municipal en el que requiere diversa "documentación complementaria", concretamente, una copia completa del expediente que señala, del informe jurídico al que se hace referencia en el expediente de contratación y del informe emitido por el Abogado consistorial en relación con las diligencias de investigación remitidas a la Fiscalía. Asimismo, solicita que se amplíe el plazo de presentación de alegaciones para examinar toda la documentación.

8. El día 10 de septiembre de 2016, la interesada presenta en el registro municipal un escrito de alegaciones en el que muestra su disconformidad con la revisión de oficio. En él pone de manifiesto que "la contratación (...) lo fue a medio de un contrato de duración determinada de 'obra y servicio', siendo el objeto del misma la 'colaboración y apoyo en licitación para adjudicar la redacción del (Plan General de Ordenación Urbana), así como durante el proceso de entrega de planimetría y demás', suscrito el 7 de diciembre de 2008 (...). Si bien la duración de dicha contratación era, previsiblemente, de dos meses, y pese a que le fue comunicado el cese en febrero de 2009 (...), la trabajadora ha permanecido prestando servicios en el Ayuntamiento hasta el momento presente, siempre como 'administrativo' de la Unidad de Urbanismo./ Debe señalarse que previamente (...) había prestado servicios para el Ayuntamiento de Llanes. En concreto, entre el 31 de octubre de 2006 y el 30 de octubre de 2007, tras el oportuno expediente, fue contratada en prácticas, como auxiliar administrativo, al estar en posesión del Título de 'Técnico Superior en Administración y Finanzas', y entre el 15 de abril de 2008 y el 14 de octubre de 2008, tras un proceso de selección para la contratación de un 'auxiliar administrativo', a medio de un contrato eventual por circunstancias de la producción. En ambos casos, prestó servicios en la Oficina de Urbanismo de Llanes".

Reseña que "el pasado 11 de junio de 2016 fue presentada reclamación previa a la vía laboral (...) a fin de que fuese reconocido el carácter de

‘ indefinido no fijo ’ de la relación laboral que le une con el Ayuntamiento de Llanes (...) desde el 17 de diciembre de 2008 y categoría profesional de administrativo en la Sección de Urbanismo (...), así como diferencias salariales. Dicha reclamación previa no ha sido resuelta a día de hoy./ Por este motivo (...) la compareciente se ha visto obligada a presentar demanda ante el Juzgado de lo Social (...) el día 15 de julio de 2016 (...). Debe señalarse, igualmente, que la compareciente es miembro del Comité de Empresa (...). Pues bien, sin haber adoptado los cauces para resolver la reclamación previa presentada, se ha procedido a iniciar este expediente en una clara y flagrante vulneración de su derecho como trabajadora a la garantía de la indemnidad, quebrantando, además, su constitucional derecho de defensa, atentando su derecho a la libertad sindical, así como los principios de buena fe y confianza legítima que deben presidir la actuación de la Administración pública (...). Así, a fin de poder ejercer su derecho de defensa (...), solicitó el expediente administrativo. No obstante, entregado este, se observa cómo el mismo lo ha sido de forma incompleta”, pues en él “se hace referencia a un escrito entregado en mano al (...) Vicesecretario-Interventor del Ayuntamiento el 18 de julio de 2016, a las 13 y 20 horas, que no obra en el expediente (...). Según se manifiesta por el (...) Instructor del procedimiento, en dicho escrito se menciona textualmente que, a la vista del informe jurídico que obra en el expediente (de contratación), se proceda a instar expediente de revisión de oficio nombrando instructor al Vicesecretario. Dicho informe jurídico, que al parecer tiene esencial trascendencia, tampoco consta en el expediente ni le ha sido facilitado a la interesada./ Ello deja a la alegante en clara situación de indefensión, máxime habida cuenta la total ausencia de justificación existente en la resolución que se notifica en orden a la incoación del expediente de revisión de oficio iniciado, conforme se advierte a la Alcaldía en el informe del (...) Vicesecretario-Interventor (...); deficiencia que no ha sido subsanada y que, reiteramos, vulnera el derecho de defensa de la diciente, al no explicarse con suficiente precisión cuáles son los hechos y circunstancias que justifican la incoación del

expediente de referencia, como resulta legalmente obligado (...). Todo ello determina la `nulidad de pleno derecho´ de la resolución notificada por vulneración de lo dispuesto en el art. 62.1.a) y e) de la Ley 30/1992 (...). En este sentido, no puede entenderse subsanado dicho grave defecto en el inicio del expediente con la aseveración" de que "del estudio del expediente se constata que no se realizó ningún tipo de prueba de selección de la persona contratada, ni de que la misma formara parte de ninguna bolsa de empleo en vigor, por lo que el acto en cuestión podría incurrir en una de las causas de nulidad de pleno derecho del artículo 62 de la Ley 30/1992", reseñando que "en concreto podría encuadrarse en las previsiones de la letra f)". Manifiesta que, analizado el expediente, "discrepa la alegante de dicha conclusión. Y ello por cuanto su contratación aparece jurídicamente justificada en (...) el expediente; es decir, la contratación que dio origen a su relación laboral no puede considerarse nula de pleno derecho, por lo que la aplicación del art. 62.1.f) de la Ley 30/1992 sería más que discutible./ Otra cosa es que, notificado su cese, según se ha puesto de manifiesto, la compareciente, por indicaciones de ese Ayuntamiento, haya continuado hasta el momento actual en la prestación de servicios, haciendo las funciones de administrativo, que no son las que motivaron su contratación, y, en concreto, ocupando el puesto de trabajo que en la vigente RPT del Ayuntamiento se denomina `Administrativo URB10´", lo que "determina que su relación laboral tenga el carácter de `indefinido no fijo´, al haber existido un fraude en la contratación".

Añade que el artículo 106 de la Ley 30/1992 dispone unos "límites a la revisión que se pretende (...). Pues bien, la aplicación de dicho artículo al caso que nos ocupa hace que el (...) Alcalde no puede ejercer dichas facultades de revisión, puesto que las mismas se han efectuado con una evidente y palmaria `mala fe´, y resulta contraria a la equidad y a los derechos de la compareciente./ Así parece ser (...) según informe del (...) Abogado consistorial que no obra en el expediente, pese a haber sido solicitado y denegado en relación al `pósit´ que se menciona en la resolución que se notifica, que `(...)

es el actual Interventor (...)'. Por otro lado, preguntada la administrativa de Personal (...) por el (...) Abogado si dicho pólit había sido escrito por ella, manifiesta que (lo) había sido (...) (por) una auxiliar administrativa (...) que trabajó en el Ayuntamiento de Llanes desde junio de 2007 hasta agosto de 2012 y, por tanto, hace cuatro años que finalizó sus servicios para el Ayuntamiento, por lo que resulta evidente que dicho pólit fue escrito hace, cuando menos, cuatro años (...). Ello evidencia que, habida cuenta (de) las notorias discrepancias del equipo de Gobierno con la Mesa de Negociación, de la que (la) alegante forma parte como representante de los trabajadores, pero sobre todo como con ocasión de la reclamación previa presentada reclamando el carácter indefinido de su relación laboral, así como las diferencias salariales adeudadas, ha determinado la apertura del expediente de revisión de oficio de referencia". Cita al respecto la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.º 7 de Barcelona de 2 de octubre de 2015, y subraya que "en dicho supuesto, como en el que nos ocupa (...), el expediente se inicia tras una reclamación previa formulada por la alegante, que lleva en su puesto de trabajo casi 8 años, por lo que entendemos (que) la resolución notificada (...) vulnera flagrantemente los límites legales impuestos a la revisión de oficio en el art. 106 de la Ley 30/1992".

Indica que "la resolución notificada limita la revisión de oficio a la Resolución del Concejal Delegado de Personal (...) (de) 16 de diciembre de 2008", y entiende que ello, "obviamente (...), no afectaría a la relación laboral que en la actualidad (...) mantiene con esa Administración./ Así, debemos traer a colación el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 80/2007, de 5 de julio (...), que en un asunto similar al que nos ocupa concluyó que no procedía la declaración de nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Vegadeo de 11 de septiembre de 2003, por el que se aprobaron las bases de la convocatoria para la contratación temporal de un auxiliar administrativo, así como de los posteriores derivados de la misma (...). En consecuencia (...), resulta evidente la concurrencia de los

límites a la revisión de oficio establecidos en el art. 106 de la Ley 30/92 en el caso que nos ocupa, por lo que la misma no procede bajo ninguna circunstancia posible, puesto que la revisión que se pretende (...) vulnera el derecho a la garantía de indemnidad de esta trabajadora, así como el principio de confianza legítima, habiendo operado esa Administración (...) con una evidente y palmaria mala fe./ Resulta evidente que la actuación del Ayuntamiento de Llanes en el presente caso vulnera de forma directa el principio de `confianza legítima` de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de las instituciones, proclamados por la Ley 4/99, de 13 de enero (...), con (...) invocación de la Sentencia del Tribunal Supremo (...) de 1 de marzo de 1991”.

Concluye que “fue empleada por el Ayuntamiento en una situación de necesidad urgente, tras haber demostrado su capacidad para desarrollar su trabajo, y fue mantenida en su puesto de trabajo por ese Ayuntamiento durante 8 años, siendo con ocasión de una reclamación por su situación laboral, así como por diferencias salariales, reiteramos, tras 8 años de prestación de servicios, cuando la Administración ha iniciado los trámites para incoar un procedimiento de revisión de oficio, sin tener en cuenta, insistimos, los límites previstos en el art. 106 de la Ley 30/92, lo que determina (...) la improcedencia del mismo”.

Finalmente, solicita el archivo y sobreseimiento del expediente de revisión de oficio.

Adjunta diversa documentación acreditativa de los hechos a que hace referencia en sus alegaciones.

9. Con fecha 19 de septiembre de 2016, el Concejal Delegado de Personal del Ayuntamiento de Llanes dicta Resolución por la que se procede al nombramiento de Secretario del expediente, lo que se notifica a la interesada.

10. El día 27 de septiembre de 2016, el Instructor del procedimiento acuerda remitir a la interesada el “escrito entregado en mano al (...) Vicesecretario-

Interventor del Ayuntamiento el 18 de julio de 2016, a las 13 y 20 horas (...), dada la nula trascendencia de su contenido”, y “ampliar el plazo para las alegaciones en 10 días hábiles”.

11. Con fecha 8 de octubre de 2016, la interesada presenta en una oficina de correos un nuevo escrito de alegaciones en el que pone de manifiesto que en el oficio del que se le da traslado se hace referencia a un “informe jurídico obrante en el expediente” de contratación del que -entiende- “debería existir copia en el expediente de referencia./ Que por la compareciente se ha solicitado insistentemente dicho ‘informe jurídico’, habiendo sido informada que el mismo no existe (...). Ello conlleva la nulidad de pleno derecho de todo lo actuado hasta el presente momento en relación con el expediente de referencia, al dejar a la interesada en clara situación de indefensión; máxime a la vista de la trascendencia que la resolución que se dicte en el seno del procedimiento (...) pueda tener para sus intereses, con vulneración de su constitucional derecho de defensa”.

Añade que en dicho oficio “se hace referencia a la ‘nula trascendencia de su contenido’, en opinión del Instructor del expediente. Nada más lejos de la realidad, puesto que su contenido (viene) a confirmar la denuncia formulada por la compareciente en su escrito de alegaciones anterior./ Así, no consta quién es la autoridad/funcionario del que parte dicho oficio, aunque parece ser que podría partir del (...) Alcalde./ De lo que no cabe duda es que dicho oficio anuda la reclamación previa formulada por la compareciente a fin de que sea declarada su condición de trabajadora ‘indefinida’ de esa Administración con la ‘revisión de oficio’ incoada, lo que no hace sino confirmar todas y cada una de las alegaciones formuladas por esta trabajadora en su escrito del pasado mes de septiembre, evidenciando la persecución personal, e incluso política (en cuanto miembro del Comité de Empresa), a la que se está viendo sometida, y (...) la mala fe de esa Administración en relación al expediente de referencia,

con una flagrante vulneración de su derecho a la garantía de indemnidad, que también resulta un derecho constitucionalmente reconocido”.

En consecuencia, solicita “el archivo y sobreseimiento del expediente de revisión de oficio”.

12. El día 17 de octubre de 2016, el Vicesecretario del Ayuntamiento de Llanes elabora un informe propuesta de resolución en el que, tras recoger los antecedentes obrantes en el expediente y la legislación aplicable -en la que se observa que la remisión a la Ley 30/1992 ha sido sustituida por una referencia a los “artículos 47.1, 106, 108 y 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”-, afirma que “en las alegaciones presentadas por la interesada en defensa de sus legítimos intereses no se desvirtúa la causa de nulidad motivo de la incoación por la Alcaldía del presente expediente, es decir el previsto en el art. 62.1.f): “los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

Señala que “la Resolución objeto de revisión es contraria al ordenamiento jurídico por ordenar una contratación laboral a quien carece de los requisitos esenciales para su adquisición, no superando ninguna prueba selectiva guiada por los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (...). A mi modesto entender, la determinación de lo que constituye “la carencia de requisitos esenciales” de un acto expreso declarativo de derechos que comporta su nulidad viene dada por el examen de las condiciones subjetivas del solicitante (...). Consideramos que es un “requisito esencial” del que carece la resolución sometida a revisión de oficio”, pues “es obvio que se prescindió del procedimiento legalmente establecido”.

Tras señalar que “no hay que descartar rotundamente que el Consejo Consultivo del Principado de Asturias considere excesivo el plazo transcurrido para el inicio del expediente de revisión de oficio o razone (...) que no tiene

esta revisión consecuencias prácticas al haber seguido trabajando la interesada tras decretarse su cese a los 2 meses de su contratación al amparo de la Resolución de 16-12-2008”, propone “desestimar las alegaciones presentadas por la interesada” y, en consecuencia, “declarar nulo de pleno derecho el acto administrativo” que se revisa.

13. Con fecha 18 de octubre de 2016, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Llanes, haciendo suyo el informe-propuesta emitido por el Vicesecretario, dicta resolución por la que se procede a “desestimar las alegaciones presentadas (...) en relación con el expediente de revisión de oficio del acto administrativo de referencia (...), por los motivos expresados en el informe de esta Vicesecretaría de fecha 19-08-2016 (...). Declarar nulo de pleno derecho el acto administrativo de referencia”.

Asimismo, “conforme dispone el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en los casos en que deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, el transcurso del plazo máximo legal para resolver y notificar la resolución se podrá suspender por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. Solicitando por tanto del Consejo Consultivo del Principado de Asturias dicha suspensión por el tiempo transcurrido entre la petición de dictamen y la recepción del mismo”.

Dicha resolución fue notificada a la interesada, el 19 de octubre de 2016, y a la Dirección General de Administración Local de la Consejería de Hacienda y Sector Público del Principado de Asturias.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de octubre de 2016, esa Alcaldía solicita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del Decreto de 16 de diciembre de 2008,

por el que se procede a la contratación de un administrativo con carácter temporal por obra o servicio sin haberse realizado prueba selectiva ni formar parte de una bolsa de empleo, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

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 Llanes, 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.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración General del Estado-, determina que "A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior".

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento de revisión de oficio se inició mediante Resolución de la Alcaldesa-Presidenta en Funciones del Ayuntamiento de Llanes de 23 de agosto de 2016, lo que nos remite a la

redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, el Ayuntamiento de Llanes se halla debidamente legitimado en cuanto autor de la resolución cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

TERCERA.- 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 del 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 analizado, dados los antecedentes expuestos, resulta necesario proceder al análisis de fondo de la cuestión que se plantea con carácter previo a nuestro pronunciamiento sobre la posible concurrencia de los límites expuestos.

En relación con el plazo para resolver el procedimiento incoado, hay que tener presente que 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 la Alcaldesa-Presidenta en Funciones del Ayuntamiento de Llanes adoptó la Resolución de incoación el día 23 de

agosto de 2016, una vez transcurridos tres meses habría de declararse por aquel órgano la caducidad del procedimiento. Ahora bien, la autoridad consultante ha utilizado la posibilidad de suspender -así debemos considerar el verdadero sentido del escrito por el que solicita a este Consejo tal suspensión- 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, dada la fecha de solicitud de dictamen a este Consejo -18 de octubre de 2016-, hemos de entender que no ha transcurrido el plazo máximo legalmente establecido, debiendo reanudarse su cómputo el día de recepción del presente dictamen o una vez agotado el plazo máximo legal de tres meses desde su petición, de conformidad con lo preceptuado en el citado artículo 42.5.c) de la LRJPAC.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que esta se configura como 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 analizar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En tal sentido, debemos comenzar por examinar 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, y en su normativa de desarrollo. En concreto, a la hora de determinar qué órgano es competente, la norma reglamentaria de aplicación es la 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, disponiendo

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”.

Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, nos encontramos con que el acto administrativo cuya revisión de oficio se pretende fue dictado por el Concejal Delegado de Personal del Ayuntamiento de Llanes el día 16 de diciembre de 2008. Dado que las “resoluciones administrativas que se adopten por delegación (...) se considerarán dictadas por el órgano delegante” (artículo 13.4 de la LRJPAC), resulta evidente la competencia de la Alcaldía del Ayuntamiento de Llanes para revisar de oficio el acto sometido a nuestra consideración. En consecuencia, la incoación del presente procedimiento de revisión de oficio, acordada mediante Resolución de la Alcaldesa-Presidenta en Funciones de 23 de agosto de 2016, lo ha sido por el órgano competente al efecto.

Sentada la competencia de la Alcaldía del Ayuntamiento de Llanes para incoar y resolver el presente procedimiento de revisión de oficio, observamos que la interesada ha cuestionado en su escrito de alegaciones la adecuación a derecho, no ya desde el punto de vista de la competencia sino atendiendo a su contenido, del propio acto con el que se da inicio al mismo. Así, en su opinión, dicho acto incurriría en “nulidad de pleno derecho” por “vulneración de lo dispuesto en el artículo 62.1.a) y e) de la Ley 30/1992”, pues fue dictado sin haber sido subsanado el defecto puesto de manifiesto en el informe del Vicesecretario del Ayuntamiento de Llanes de 19 de agosto de 2016, a cuyo tenor “en el escrito de la Alcaldía de iniciación de este expediente de revisión de oficio no constan, como exige el art. 70” de la LRJPAC “los hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud’, haciéndose “referencia exclusivamente a la existencia de un pósito”.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el invocado artículo 70 de la LRJPAC resulta de aplicación a los expedientes iniciados a solicitud de persona interesada, lo que no ocurre en el presente caso, en el que el procedimiento de revisión se inicia de oficio por propia iniciativa de la Alcaldía del Ayuntamiento de Llanes, rigiéndose por lo establecido al respecto en el artículo 69 de la citada Ley. Además, el órgano competente ha dictado una resolución de inicio motivada, acorde con todas las exigencias legales, precedida de las actuaciones previas recogidas en el artículo 69.2 de la LRJPAC, según el cual, “Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”. En consecuencia, la alegación de la trabajadora interesada carece de fundamento.

En cuanto a la tramitación, se han cumplido, en lo esencial, los trámites del procedimiento, puesto que se ha adoptado un acuerdo de iniciación, se ha dado audiencia a la interesada y se ha elaborado una propuesta de resolución 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, hemos de señalar que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la interesada, 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 la falta de resolución expresa en plazo.

QUINTA.- En cuanto al fondo del asunto, el Ayuntamiento pretende la revisión de oficio del Decreto de 16 de diciembre de 2008 que dio lugar a un contrato laboral por obra o servicio determinado, con una duración estimada de 2 meses, y que habría agotado sus efectos, formalizándose incluso una carta de cese, como reconoce la propia interesada en sus alegaciones. Sin embargo, a pesar de haber concluido aquel contrato inicial, la trabajadora continúa

prestando servicios en el Ayuntamiento, aunque todo parece indicar que desempeñando otras tareas.

La entidad local reputa nulo el acto administrativo que supuso la contratación inicial de la trabajadora, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62.1.f) de la LRJPAC, si bien el informe jurídico que obra en el expediente analiza también la posible concurrencia de la causa dispuesta en la letra e) del mismo artículo, que descarta finalmente dada la dificultad de identificar el procedimiento reglamentario concreto aplicable a la selección del personal laboral temporal.

Sostiene el Ayuntamiento que el acto en cuestión incurre en el supuesto de la letra f) del artículo 62.1, que dispone la nulidad de pleno derecho de los actos de las Administraciones públicas expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, elevando en este caso a la consideración de "requisito esencial" el hecho de que el acto objeto de revisión ordenara la contratación de "quien carece de los requisitos esenciales para su adquisición, no superando ninguna prueba selectiva guiada por los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad".

Planteada la cuestión en los términos expuestos, procede analizar la concurrencia de la concreta causa de nulidad radical invocada, no sin antes recordar, como viene haciendo este Consejo desde el inicio de su función consultiva, que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, constituye un procedimiento excepcional. Este cauce 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.

Respecto a la causa invocada, este Consejo viene considerando, al igual que el Consejo de Estado, que su apreciación exige la ausencia de requisitos “esenciales”, que no cabe interpretar como los meramente necesarios, y que la carencia del “requisito esencial” ha de residenciarse en la esfera del sujeto “beneficiario del acto administrativo supuestamente ilegal (...), pero no del autor del mismo” (Dictámenes Núm. 41/2008 y 150/2015). De manera similar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015 -ECLI:ES:TS:2015:1691-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, señala que “para la concurrencia de esta causa se requiere que no solo haya un acto atributivo de un derecho y que este sea contrario al ordenamiento jurídico, sino que, además, falten esos requisitos esenciales, relativos a la estructura básica y primaria de la propia definición del acto, respecto del destinatario titular del derecho”.

En el caso concreto que se examina se reputa nulo el acto administrativo que en su día ordenó la contratación de una determinada persona por la ausencia total de procedimiento previo a esa contratación, dado que ni se acreditan pruebas selectivas para el puesto concreto ni la trabajadora interesada se encontraría incluida en una bolsa de empleo. Ya hemos expuesto que el contrato inicial agotó sus efectos, y que en la actualidad la trabajadora afectada parece desempeñar otros cometidos cuyos pormenores se desconocen. Podría entonces cuestionarse si cabe reputar nulo un acto que posibilita un contrato inicial que ya agotó sus efectos y en qué medida la declaración de nulidad que se persigue de tal acto inicial puede incidir en la relación laboral actual de la trabajadora. Pero, a efectos de nuestra consideración sobre la posible concurrencia de la causa de nulidad invocada no resulta preciso abundar más en tales interrogantes. En efecto, pese a que algún Consejo Consultivo estimó que la ausencia de proceso selectivo podría ser considerada causa de nulidad a tenor de lo establecido en el artículo 62.1.f) de

la LRJPAC (por ejemplo, el Consejo Consultivo de Madrid en su Dictamen 107/2012 -"en la medida en que se ha producido una contratación laboral y los interesados no han superado el procedimiento selectivo exigido por la ley, esto es, una oposición libre, resulta evidente que han adquirido derechos y facultades careciendo del requisito de haber superado el procedimiento de selección preceptivo"-), este Consejo considera, atendido el carácter excepcional de la revisión de oficio, que exige una interpretación estricta de los motivos determinantes de la misma, que no cabe apreciar que el acto objeto de revisión se encuentre inmerso en la causa de nulidad de pleno derecho invocada por la autoridad consultante; esto es, la establecida en el artículo 62.1.f).

Una vez determinado por este Consejo que no concurre dicha causa de nulidad, nuestro examen podría detenerse aquí, obviando cualquier otra consideración. No obstante, la pretensión de anular el Decreto de 16 de diciembre de 2008 nos enfrenta objetivamente al hecho de que la trabajadora contratada sigue prestando servicios, y el problema no es por tanto el de la nulidad de ese contrato, ya finalizado, sino cómo esa pretendida nulidad pudiera proyectar o transmitir sus efectos sobre la continuidad en el empleo de la afectada, porque, según se deduce del expediente, existe una demanda de la trabajadora -que además ostenta la condición de representante sindical- ante la jurisdicción social en relación con la naturaleza jurídica de su vinculación laboral actual; demanda presentada con anterioridad al inicio de la revisión de oficio pretendida. Tales consideraciones nos abocan al análisis de los límites del artículo 106 de la LRJPAC.

En efecto, toda revisión de oficio está sujeta a determinados límites que impone el artículo 106 de la LRJPAC, al señalar que las "facultades de revisión no podrán ser ejercitadas 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". Es decir, que si bien cabe revisar de oficio los actos administrativos sin sujeción a plazo

preclusivo, el artículo 106 erige límites a tal revisión si concurren determinadas circunstancias. Según razona la Sentencia de 13 de febrero de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:809-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, con cita de jurisprudencia consolidada, “parece evidente que la decisión última sobre la procedencia o no de la aplicación del artículo 106 dependerá del caso concreto y de los bienes jurídicos en juego”, y un análisis de esa jurisprudencia pone de manifiesto que operaría el límite del 106 cuando ha existido una pasividad de la Administración en el ejercicio de la solicitud de revisión de los actos nulos, pese a tener conocimiento anterior de los mismos.

Pues bien, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial referida, este Consejo constata que la Administración municipal inicia una revisión de oficio del acto que ordenó la contratación laboral temporal de una persona que viene prestando servicios al menos desde 2008 (porque se deduce del expediente la existencia de algunas contrataciones anteriores) con varias Corporaciones, incluida la actual, pese al ahora denunciado incumplimiento de las formalidades exigibles para su contratación, y que la reacción para corregir esta situación tiene lugar una vez que el examen de la naturaleza jurídica del vínculo laboral se encuentra *sub iúdice*, como consecuencia de una demanda previa de la trabajadora cuya vista está fijada para el mes de marzo de 2017. En tales condiciones, la imposibilidad de eludir el carácter reactivo de la iniciativa municipal nos aboca directamente a los límites del artículo 106, que consideramos franqueados bien sea por consideraciones sobre la buena fe, bien por el mero transcurso del tiempo.

No obstante, ello ni supone un desconocimiento de las irregularidades advertidas ni condena a la Administración municipal a la inacción frente a las mismas. Al contrario, sus consecuencias serán analizadas por la jurisdicción social y ello obligará a la Administración municipal a cumplir lo que determine la sentencia que en su día se dicte, depurando así la situación cuestionada.

En consecuencia, resultando inviable la nulidad por la causa establecida en el artículo 62.1.f) de la LRJPAC, el carácter reactivo de la iniciativa municipal

y el transcurso del tiempo impedirían, en todo caso, la revisión de oficio pretendida, dados los límites del artículo 106 de la referida Ley.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede revisar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho, por la concreta causa invocada en el presente expediente, del Decreto de 16 de diciembre de 2008 del Ayuntamiento de Llanes, por el que se procede a la contratación de un administrativo con carácter temporal por obra o servicio sin haberse realizado prueba selectiva ni formar parte de una bolsa de empleo.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE LLANES.