



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero y

Ponente

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Besteiro Rivas, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 21 de abril de 2005, ha examinado el *expediente de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxxxxxx, para declarar la nulidad de pleno derecho del Decreto 78/2003, de 18 de febrero*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 31 de marzo de 2005 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxxxxxx para declarar la nulidad de pleno derecho del Decreto 78/2003, de 18 de febrero, por el que se aprueban las bases que han de regir la convocatoria para la selección por el sistema de concurso de una plaza en propiedad de Técnico de Administración General*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 1 de abril de 2005, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 338/2005, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Pérez Solano.

Primero.- Por Decreto 78/2003, de 18 de febrero, el Ayuntamiento de xxxxxxxx resuelve la aprobación, convocatoria y bases que han de regir el concurso para la plaza en propiedad de Técnico de Administración General,



subescala técnica de dicha Corporación, incluida en la oferta de empleo público aprobada por el Decreto 125/2002, de 20 de marzo.

Segundo.- Por Decreto 220/2003, de 5 de mayo, el Alcalde de la Corporación municipal resuelve la composición del Tribunal de selección, que levanta acta de su actuación el 9 de mayo de 2004. De dicha acta cabe destacar lo siguiente:

“Antes de iniciar los trabajos de valoración de los méritos aprobados por los candidatos el Presidente del tribunal aclarando las dudas de ilegalidad del procedimiento indicadas por la Interventora de la Corporación, ha recabado información del anterior vicesecretario de la Diputación Provincial de xxxxxx, el cual ha indicado que el procedimiento es totalmente legal (...).

»Interrumpe la sesión el Presidente del Tribunal para indicar que se acaba de recibir un fax de la Federación de Servicios Públicos de la UGT en el que se piden que se subsanen las irregularidades del expediente para evitar la interposición de un recurso contencioso-administrativo, y que ante lo cual se va a pedir un informe a los servicios de asistencia a la Diputación por lo que estima debería suspenderse la sesión (...).”

Tercero.- Por Decreto 705/2004, de 23 de diciembre, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de xxxxxx resuelve:

“Acordar la iniciación del procedimiento de revisión de oficio por iniciativa propia (...) para declarar la nulidad del Decreto 78/2003, de 18 de febrero de 2003, por el cual se aprueban la bases que han de regir la convocatoria para la selección por el sistema de concurso de una plaza en propiedad de Técnico de Administración General, sub-escala técnica y también se convocan las correspondientes pruebas selectivas. Basado en el supuesto del artículo 62.1 d) (sic) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (...).”

Acuerda asimismo en dicha disposición el nombramiento de Instructor del expediente, así como conceder a los interesados el preceptivo trámite de audiencia una vez concluida la fase de instrucción correspondiente.

Cuarto.- Consta en el expediente informe del Instructor del mismo, de 27 de diciembre de 2004, sobre la justificación de la causa de nulidad de pleno



derecho, basada en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En el mismo el Instructor sostiene que “la Ley 7/1985, de 2 de abril, configura al sistema de oposición libre como obligatorio, al relacionar el mismo con las expresiones `pruebas selectivas´ o `pruebas de selección´, así como el Real Decreto 896/1991, de 7 de julio, al especificar en su artículo 2 que la oposición es el sistema general, habitual o normal (...).

»Por lo tanto los sistemas excepcionales son el concurso-oposición y el concurso, elección promovida siempre por circunstancias objetivas y de interés general (...).

»Y si acudimos al artículo 169.1,a) del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, que resume las funciones de los técnicos de la Administración General, vemos que éstas son tareas de gestión, estudio y propuesta de carácter administrativo superior, con lo que se deduce que la opción del concurso como sistema de selección en este caso no tiene razón de ser, ya que la naturaleza de las funciones a desempeñar por un Técnico de Administración General no justifica la excepcionalidad del empleo del sistema de concurso”.

Quinto.- En el plazo concedido para presentar alegaciones, tal como certifica el Secretario del Ayuntamiento el 4 de marzo de 2005, únicamente presenta alegaciones D. xxxxxxxxxxxx, que sostiene la improcedencia de la declaración de nulidad de pleno derecho del referido Decreto, ya que “la legislación no regula ningún sistema como obligatorio (...). La posibilidad de acudir al concurso como sistema de selección de todo el personal (funcionario o laboral) de la Corporación Local tiene su apoyo legal explícito en el artículo 91.2 de la Ley 7/1985, se trata de un sistema legítimo que puede venir justificado por determinadas circunstancias en razón de la naturaleza de la plazas o de las funciones a desempeñar (...).”.

Considera dicho interesado que “el 3 de abril de xxxx se publica la convocatoria en el Boletín Oficial del Estado, con lo que ha generado una expectativa de derecho y en definitiva un perjuicio por la falta de resolución (...).”.



Sexto.- El 4 de marzo de 2005 se formula la propuesta de resolución en el sentido de declarar la nulidad de pleno derecho del Decreto 78/2003, de 18 de febrero.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo para que emitiera dictamen, previa suspensión, por Decreto 123/2005, de 4 de marzo, del plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución, en cumplimiento del artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 2º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado b), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- Se pretende en el expediente objeto de examen por este Consejo Consultivo, la declaración de nulidad de pleno derecho del Decreto 78/2003, de 18 de febrero, por el que se aprueban las bases que han de regir la convocatoria para la selección por el sistema de concurso de una plaza en propiedad de Técnico de Administración General.

Para dar curso al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho (capítulo I del título VII de la Ley 30/1992, artículos 102 y siguientes) es necesario que concurren los siguientes presupuestos:

- La existencia de un acto administrativo finalizador de un procedimiento o que haya ganado firmeza por no haber sido impugnado en tiempo y forma.



- Que dicho acto haya puesto fin a la vía administrativa y haya causado estado en dicha vía.

- Que la solicitud de revisión de oficio se inste por persona interesada o de oficio por la propia Administración.

La Administración puede revisar en cualquier momento sus actos o disposiciones siempre que sean nulos de pleno derecho. El procedimiento de revisión, una vez iniciado, sigue el curso o trámite que determine el órgano competente, pero constituye trámite esencial para declarar la nulidad de los actos o disposiciones objeto de revisión la obtención de un previo dictamen favorable del Consejo de Estado u Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma.

En lo que respecta a la normativa aplicable al presente supuesto, al tratarse de una Entidad Local hay que hacer mención a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que en su artículo 4.1.g) reconoce con carácter general a los Municipios, en su calidad de Administraciones Públicas de naturaleza territorial, la potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos, dentro de la esfera de sus competencias. Por su parte, el artículo 53 de la misma Ley establece que, sin perjuicio de las específicas previsiones de sus artículos 65, 67 y 110, "las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común"; y en los mismos términos se pronuncia el artículo 218.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre). Dicha remisión a la legislación estatal sitúa actualmente la cuestión en los artículos 102 a 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En relación al órgano competente para acordar la iniciación y resolver el procedimiento de revisión de oficio, la Ley 7/1985, de 2 de abril, (artículo 110.1) solamente precisa el órgano competente respecto de la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria, estableciendo al efecto que corresponde al Pleno de la Corporación la declaración de nulidad de pleno derecho y la revisión de tales actos, en los casos y de acuerdo con el procedimiento de los artículos 153 y 154 de la Ley General Tributaria. No existe



previsión concreta sobre esta cuestión en el contexto del procedimiento administrativo común, pero de una interpretación sistemática de los artículos 21 y 22 de dicha Ley 7/1985, de 2 de abril, parece que cabe entender que si para la declaración de lesividad de actos anulables la competencia es del Pleno (artículo 22.2.k), correspondiendo la iniciativa al Alcalde (artículo 21.1.1), la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho debe someterse al mismo régimen, pues en otro caso se produciría una asimetría inaceptable y más cuando el artículo 22.2.j) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local indica que corresponde al Pleno del Ayuntamiento “el ejercicio de las acciones administrativas y judiciales”.

Considerando lo expuesto, en el presente caso, a pesar de que la propuesta de resolución no hace referencia alguna al órgano competente que finalmente adoptará, en su caso, la resolución declarando la nulidad del acto, parece que aquella no se plantea ante el Pleno, sino ante el propio Alcalde. Sería conveniente que la resolución que finalmente se dictase hiciese referencia expresa al órgano que la dicta y a la competencia que ostenta para ello, debiendo considerarse la observación anterior de este Consejo Consultivo en cuanto a la competencia plenaria.

En cuanto al plazo para resolver, el artículo 102.5 de la Ley 30/1992 dispone que si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, transcurridos tres meses desde su inicio sin que se haya resuelto se producirá la caducidad. El procedimiento para la revisión de oficio del Decreto 78/2003, de 18 de febrero, fue instado por el mismo Ayuntamiento de xxxxx acordándose su inicio mediante el Decreto 705/2004, de 23 de diciembre. Dado que, según consta en el escrito de remisión del expediente a este Órgano Consultivo, por Decreto 123/2005, de 4 de marzo, se acordó suspender el procedimiento, se puede afirmar que el procedimiento no incurre en caducidad. No obstante, hemos de poner de manifiesto que el citado Decreto declaratorio de la suspensión del plazo no obra en el expediente remitido a este Consejo Consultivo. Sin perjuicio de considerar como válida la mención del mismo por el Instructor del expediente, es preciso reseñar que debe existir dicho acuerdo de suspensión del expediente, así como su notificación a los interesados en el procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.



El acto contra el que se dirige la pretendida declaración de nulidad es el Decreto 78/2003, de 18 de febrero. En realidad dicho acto puede considerarse, tal como ha entendido el Consejo de Estado (por todos, Dictamen nº 2468/1995, de 7 de marzo de 1996), como “un acto administrativo de carácter general, con una pluralidad de destinatarios y cuyo contenido esencial se refiere a la apertura del procedimiento selectivo. Mediante la convocatoria se invita o llama a los interesados que cumplan los requisitos señalados y se fijan las reglas a que ha de someterse el concurso o la oposición, por lo que se califican por la jurisprudencia de ‘ley del concurso y de la oposición’, a la que han de estar sujetos tanto la Administración convocante como los interesados que acuden a su llamamiento, de tal modo que la sumisión a las bases priva a los que consienten del derecho a impugnarlas. Tiene, por su singularidad, el carácter de recurrible, aunque no pone fin al procedimiento, por cuanto este efecto es propio del acto resolutorio del concurso o de la oposición. No es sino una parte integrante del procedimiento de selección de la que no derivan derechos definitivos”. Señala a continuación que “de la mera convocatoria no resultan, en rigor, derechos a favor de un sujeto determinado, debiendo aplicarse las reglas de la libre revocabilidad, operantes cuando los actos no sean declarativos de derecho. Ello no significa que la Administración pueda alterar libremente las bases de la convocatoria, una vez publicadas, sino que, excepcionalmente, puede admitirse la modificación de alguno de sus extremos, antes de iniciarse el proceso selectivo, siempre que no altere las condiciones de participación en el mismo”.

Trasladando esta doctrina al caso que ahora nos ocupa, se puede concluir que en el Decreto 78/2003, de 18 de febrero, no admitía modificación puntual de alguna de sus bases. Hubiera precisado cambiar por completo el procedimiento de selección que el mismo recoge, lo que determinaría automáticamente la modificación de la totalidad de la convocatoria, ya que el sistema pasaría a ser la oposición y no el concurso de méritos, con multitud de diferencias entre ellos. Por todo ello ha de entenderse revisable el mencionado decreto, al ser un acto viciado de nulidad previo *ab initio*, vicio que el propio Ayuntamiento pretende erradicar sin continuar con los trámites sucesivos, todo ello en aras de garantizar la seguridad jurídica, y contra el que no cabe ya plantear recurso ordinario alguno.

Dado que se cumplen sustancialmente los requisitos procedimentales exigibles, al haberse identificado el acto administrativo contra el que se dirige la



pretensión anulatoria, así como la audiencia a los interesados y, en fin, el informe sobre la justificación de la nulidad pretendida emitido por el Instructor del expediente, y sin perjuicio de considerar excesivamente parca, tanto en la descripción de los hechos como en las consideraciones jurídicas, la propuesta de resolución remitida a este Consejo, procede entrar a considerar el fondo del asunto.

3ª.- Respecto al fondo de la cuestión planteada, se pretende en el expediente revisar de oficio, por la más grave de las causas posibles (la nulidad de pleno derecho), una actuación administrativa reflejada en el Decreto 78/2003, de 18 de febrero, por el que se aprueban las bases que han de regir la convocatoria para la selección por el sistema de concurso de una plaza en propiedad de Técnico de la Administración General.

Se trata aquí de accionar la nulidad por parte del propio Ayuntamiento de xxxxx por estimar que dicho acto administrativo ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, concurriendo por ello en la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al suponer la aprobación del Decreto citado la regulación de las bases y la convocatoria de un sistema de selección de funcionarios mediante concurso de méritos que, de conformidad con la legislación aplicable, resulta improcedente.

Habiendo sido invocada la mentada causa de revisión del artículo 62.1.e), cumple indicar ahora que, de ser estimada, procedería la declaración de nulidad de pleno derecho del acto al que se refiere. De otro lado, conviene reiterar que la circunstancia de revisar de oficio es una medida tan drástica e implica una potestad tan exorbitante que debe aplicarse con mucho tiento, habiendo señalado la jurisprudencia restrictiva del Tribunal Supremo al respecto que "articular un procedimiento de impugnación ordinario con la invocación de un precepto de aplicación extraordinaria o excepcional, (...) requiere al hacerlo de una cuidadosa ponderación, sobre todo habida cuenta de que la no sujeción a plazo para efectuarlo, como, en cambio, se prevé para el sistema general de revisión, entraña un riesgo evidente para la estabilidad o seguridad jurídica (...) precepto que incluso ha suscitado dudas en cuanto a las posibilidades y efecto de su utilización por los particulares, a diferencia de cuando es a iniciativa de la Administración". (Por todas, Sentencia de 24 de abril de 1993).



Conforme al artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Dicho motivo de nulidad ha sido interpretado en la doctrina del Consejo de Estado en el sentido de que supone una total inaplicación del procedimiento legalmente establecido, sin que sea suficiente advertir omisiones o infracciones de tramitación. La ausencia total de procedimiento debe ser entendida en el sentido de que no existan los engarces formales necesarios en el iter administrativo para concluir en el acto que se pretende emanar, envolviendo tales ausencias o errores procedimentales un radical vicio con irremediables efectos sobre el acto administrativo final (Dictamen nº 2756/96, de 25 de julio).

De la interpretación expuesta se colige que, como presupuesto para apreciar la concurrencia del vicio, ha de existir un procedimiento previsto, alguno o algunos de cuyos trámites esenciales se hayan omitido por completo. Tal es la línea de argumentación de la Corporación municipal al aducir que no se ha seguido el sistema de selección previsto para estos casos, sino el concurso de méritos, que es un sistema excepcional que ha de estar plenamente justificado; es decir, considera el propio Ayuntamiento que se ha elegido un procedimiento equivocado para la selección de un funcionario.

La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 28 abril 2004, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia que nos ocupa, señala expresamente: "Para resumir la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el acceso a la función pública podemos transcribir determinados párrafos del Fundamento de Derecho cuarto de su sentencia 50/1986, de 23 de abril (RTC 1986, 50).

»Reconoce el Tribunal Constitucional la exigencia de que el acceso a la función pública se haga conforme a los principios de mérito y capacidad, y así señala: Aunque esta exigencia figura en el artículo 103.3 y no en el 23.2 de la Constitución la necesaria relación recíproca entre ambos preceptos, que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones necesarios para aspirar a los distintos cargos y funciones públicas, el artículo 23.2 de la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse



también violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre españoles (...). Ni el legislador se encuentra respecto de la Constitución en una situación análoga a la que la Administración ocupa respecto de la Ley, ni, aunque así fuera, puede negarse un amplio margen de libertad, tanto al legislador, como a la administración, para dotar de contenido concreto en cada caso a conceptos indeterminados como son los de mérito y capacidad (...).

»El derecho a tomar parte en el procedimiento (selectivo o electivo) que ha de llevar a la designación y *a fortiori* el derecho a esta misma, solo nace de las normas legales o reglamentarias que disciplinan, en cada caso, el acceso al cargo o función en concreto. Lo que, como concreción del principio general de igualdad, otorga el artículo 23.2 a todos los españoles es un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria, y en último término ante este Tribunal, toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebra la igualdad. La remisión que el propio precepto hace a las Leyes obliga a entender, en consonancia con los datos que ofrece la experiencia, que la igualdad se predica solo de las condiciones establecidas para el acceso a cada cargo o función, no a todos ellos, y que, por tanto, pueden ser distintos los requisitos o condiciones que los ciudadanos deben reunir para aspirar a los distintos cargos o funciones, sin que tales diferencias (posesión de determinadas titulaciones, edad mínimas o máximas, antigüedad mínima en otro empleo o función, etc.) puedan ser consideradas lesivas a la igualdad. La exigencia que así considerada en sus propios términos deriva del artículo 23.2 de la Constitución Española es la de que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos y funciones públicas, y, entre tales reglas, las convocatorias de concursos y oposiciones se establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas como ya dijimos en nuestra sentencia 42/1981, de 22 de diciembre (RTC 1981, 42) , pues tales referencias son incompatibles con la igualdad”.

Trasladando las anteriores consideraciones al asunto ahora examinado, es preciso referirse al artículo 91.2 de la Ley de Bases del Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril), puesto que el mismo, en clara consonancia con el artículo 103 de la Constitución, establece que la selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los



principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.

Asimismo, el artículo 2 del Real Decreto 896/1991, de 14 de junio, por el que, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 100.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, se establecen las reglas básicas y los programas mínimos para la selección de este personal, dispone expresamente que "el ingreso en la Función Pública Local se realizará, con carácter general, a través del sistema de oposición, salvo que, por la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar, sea más adecuada la utilización del sistema de concurso-oposición o concurso".

Por su parte el artículo 169.1.a) del texto refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, señala los cometidos de los funcionarios de Administración General, indicando de forma expresa que "pertenerán a la Subescala Técnica de Administración General, los funcionarios que realicen tareas de gestión, estudio y propuesta de carácter administrativo de nivel superior".

De ello cabe deducir que a pesar de la pretendida justificación que quiso darse en la Memoria de la Alcaldía de 5 de febrero de 2003, sobre la conveniencia de utilizar el sistema de concurso como modo de selección del funcionario de carrera para ocupar la plaza de Técnico de Administración General, arguyendo, mediante una redacción algo confusa, que "para el desempeño de tales funciones entre las que se incluyen no solo los trabajos de emisión de informes jurídicos, asistencia en materia de obras y urbanismo, sustitución del Secretario e Interventor y las propias del puesto a desempeñar de conformidad con la legislación aplicable", tales consideraciones no implican justificación suficiente para convocar el sistema de concurso en lugar del de oposición, al no darse las excepciones que la normativa citada anteriormente recoge, ya que la naturaleza de la plaza y las funciones a desempeñar por el funcionario son las propias de la que se aprobó en la Oferta de Empleo Público, aprobada por el Decreto 125/2002, de 20 de marzo.

En conclusión, analizada la actuación administrativa por la que se operó la aprobación, convocatoria y bases que habían de regir el concurso para la selección de un funcionario para la plaza en propiedad de Técnico de



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

Administración General, el Consejo Consultivo de Castilla y León entiende que debe declararse la nulidad del acto en cuestión en aras de la seguridad jurídica y del respeto del derecho de los ciudadanos de acceder en igualdad a las funciones públicas.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede revisar de oficio el Decreto 78/2003, de 18 de febrero, por el que se aprueban las bases que han de regir la convocatoria para la selección por el sistema de concurso de una plaza en propiedad de Técnico de Administración General.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.