En Logroño, a 1 de julio de 2016, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José Luis Jiménez Losantos, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

22/16

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja en relación con la Propuesta de *Revisión de oficio de la Resolución de la Dirección General de Función Pública, de 2 de noviembre de 2015, por la que se hace pública la relación definitiva de aspirantes admitidos y excluidos a las pruebas selectivas para la provisión, por el sistema de promoción cruzada, de plazas vacantes del Cuerpo Auxiliar de Administración General y demás actos administrativos conexos.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Por Resolución del Excmo. Sr. Consejero de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja, de 8 de septiembre de 2015, publicada en el Boletín Oficial de La Rioja (BOR) de 14 de septiembre de 2015, se convocaron pruebas selectivas para cubrir, por el sistema de promoción cruzada, cinco plazas vacantes en el Cuerpo Auxiliar de Administración General del Gobierno de La Rioja, con la condición de funcionario público de la Comunidad Autónoma de La Rioja (CAR).

La referida Resolución contenía las Bases que habrían de regir la convocatoria, entre las que destacan las siguientes:

“Base 2. Requisitos de los aspirantes...

2.2. Los aspirantes deberán reunir, además, todos y cada uno de los siguientes requisitos:

a) Tener la condición de personal laboral fijo o personal laboral fijo discontinuo de la CAR, perteneciente a la categoría profesional de Operario u Operario Especializado.

b) *Estar en dicha categoría profesional de Operario u Operario Especializado en servicio activo, en excedencia que exija reserva de puesto de trabajo, o en excedencia voluntaria por incompatibilidad, siempre que los servicios se presten en la Administración de la CAR. A estos efectos, el personal laboral fijo discontinuo se considerará que está en servicio activo, con independencia de que, debido a la especialidad de este régimen de contratación, esté prestando o no servicio de manera efectiva.*

c) *Tener una antigüedad de, al menos, dos años como personal laboral o personal laboral fijo discontinuo en la categoría profesional de Operario u Operario Especializado de la Administración de la CAR.*

Los requisitos anteriores se acreditarán mediante certificación expedida, de oficio y exclusivamente, por los Servicios competentes de la Dirección General de Función Pública...

2.4. Los requisitos establecidos en las normas anteriores deberán poseerse en la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes y gozar de los mismos durante el proceso selectivo.”

“Base 7. Calificación de los ejercicios valoración de méritos.

7.1. Fase de oposición...

7.2. Fase de concurso: La valoración de los méritos señalados en la base 1.5 se realizará de la forma siguiente:

-Antigüedad: Por cada año de servicios efectivos prestados o reconocidos, únicamente en las categorías profesionales a las que se refiere la base 2.2., a la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes de participación en la presente convocatoria: 1,54 puntos, hasta un máximo de 40 puntos en total. La antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos se computará como si se tratara de trabajadores fijos.

-Los puntos obtenidos en la fase de concurso se sumarán a la puntuación final de la fase de oposición, a efectos de establecer la relación definitiva de aspirantes aprobados. Estos puntos no podrán ser aplicados para superar los ejercicios de la fase de oposición.

-Los méritos incluidos en esta base serán acreditados mediante certificación expedida, de oficio y exclusivamente, por los Servicios competentes de la Dirección General de Función Pública, que se remitirá al Tribunal con posterioridad a la publicación de la relación de aprobados en el último ejercicio de la fase de oposición”.

Segundo

A la vista de dicha convocatoria, D^a L.R.G. presentó, junto con otros aspirantes, solicitud de admisión a tales pruebas, a la que acompañaba la documentación exigible. Se le acusó recibo mediante oficio de 2 de octubre de 2015.

La indicada aspirante había obtenido anteriormente, mediante superación de las correspondiente pruebas selectivas, la condición de personal laboral fijo, en la categoría profesional de Operarios, con efectos del día 19 de enero de 2009; si bien, en ese mismo día, quedó incurso en la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad, ya que era funcionaria interina del Cuerpo Auxiliar de Administración General de la CAR y estaba prestando servicios como tal, en la Consejería de Administración Pública y Hacienda del Gobierno riojano, de forma continuada desde el 7 de junio de 2007.

Tercero

La Jefa de Servicio de Administración de Personal del Gobierno de La Rioja, expidió y firmó electrónicamente, el 8 de octubre de 2015, una certificación expresiva de que, a fecha 4 de octubre de 2015, las 28 personas que se contenían en la relación que incorporaba, entre las que figuraba D^a L.R.G, “*cumplían requisitos exigidos en la Resolución de 8 de septiembre de 2015*”, por la que se aprobó la convocatoria que nos ocupa; y, en concreto, los siguientes:

“a) Tener la condición de personal laboral fijo o personal laboral fijo discontinuo de la CAR perteneciente a la categoría profesional de Operario u Operarios Especializado.

b) Estar en dicha categoría profesional de Operario u Operario Especializado en servicio activo, en excedencia que exija reserva de puesto de trabajo o en excedencia voluntaria por incompatibilidad, siempre que los servicios se presten en la Administración de la CAR. A estos efectos, el personal laboral fijo discontinuo se considerará que está en servicio activo, con independencia de que, debido a la especialidad de este régimen de contratación, está presentado o no servicios de manera efectiva.

c) Tener una antigüedad de, al menos, dos años como personal laboral o personal laboral fijo discontinuo en la categoría profesional de Operario u Operario Especializado en la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja”.

Cuarto

Por Resolución de 9 de octubre de 2015, publicada en el BOR de 19 octubre de 2015, la Directora General de la Función Pública del Gobierno de La Rioja aprobó la relación provisional de aspirantes admitidos, que comprende a las 28 personas contenidas en la certificación precitada.

Quinto

Firme la expresada Resolución de 9 de octubre de 2015, se dictó la Resolución de 2 de noviembre de 2015, publicada en el BOR de 6 de noviembre de 2015, por la que se declaró como definitiva la relación provisional anterior. Entre los aspirantes admitidos, continuaba figurando la reseñada D^a L.R.G.

Sexto

Por oficio de 4 de diciembre de 2015, el Presidente del Tribunal Calificador, con la firma del Secretario, publicó la relación de los 13 aspirantes aprobados en el primer ejercicio, y se convocó a los mismos para la realización del segundo. Entre ellos, figuraba D^a L.R.G.

Séptimo

Por oficio de 5 de febrero de 2016, los mismos Presidente y Secretario del Tribunal Calificador publicaron la relación de los cinco aspirantes aprobados en el segundo ejercicio, entre los cuales y en el tercer lugar de puntuación, figuraba D^a L.R.G.

Octavo

La Jefa de Servicio de Administración de personal del Gobierno de La Rioja, mediante oficio de 10 de febrero de 2016, certificó que los aspirantes aprobados en el segundo ejercicio tenían, en la categoría de Operario y a fecha 4 de octubre de 2015, la antigüedad exigida en la convocatoria, puesto que contaban más de 2 años en tal condición, a excepción de la reiterada D^a L.R.G, a la que se le certificaban 0 años, 0 meses y 0 días por tal concepto.

Noveno

A la vista de tal certificado, la Directora General de Función Pública, por Resolución de 4 de marzo de 2016, decidió iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 2 de noviembre de 2015, de ese mismo órgano, por la que se había publicado la relación definitiva de aspirantes admitidos y excluidos en las pruebas selectivas objeto de este dictamen.

Tal decisión se fundamentó en que D^a L.R.G. carecía del requisito de *“tener una antigüedad de, al menos, dos años como personal laboral, en la categoría profesional de Operario u Operario Especializado en la Administración de la CAR”*, ya que, si bien pertenecía a la categoría profesional de Operario desde el día 19 de enero de 2009, había pasado, ese mismo día, a la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad en dicha categoría, por estar prestando servicios, como funcionaria interina, en la Consejería de Administración Pública y Hacienda del Gobierno riojano, y de forma ininterrumpida, desde el 7 de junio de 2007 hasta la fecha de inicio de la revisión de oficio.

La Resolución de inicio de la revisión de oficio considera: i) que, en la certificación expedida por los Servicios competentes de la Dirección General de Función Pública, se había producido un error al considerar que D^a L.R.G. había cumplido tal requisito cuando

no era así; ii) que dicho error se había trasladado a las Resoluciones de 19 de octubre de 2015 (de aprobación de la relación provisional de aspirantes) y 2 de noviembre de 2015 (de aprobación de la relación definitiva de aspirantes), al incluir en ambas a la citada D^a L.R.G, siendo así que la misma *“no podía participar en ese proceso selectivo al carecer de dicho requisito de antigüedad mínima exigido en la convocatoria”* por falta de “prestación efectiva” de los servicios correspondientes en la categoría de Operario u Operario Especializado; y ii) que, por tanto, procede iniciar el procedimiento de revisión de oficio para *“declarar la nulidad de dicho acto administrativo de trámite cualificado [sic., se refiere a la Resolución de 2 de noviembre de 2015] que devino firme, al no haber sido recurrido en plazo para la interposición del recurso de alzada, que finalizó el 6 de diciembre de 2015”*.

En la misma Resolución, se ordenaba conceder audiencia a D^a L.R.G. y, aunque no consta en el expediente la fecha en que se notificó a la interesada la apertura de dicho trámite, consta que la misma presentó, el 1 de abril de 2016, un escrito de alegaciones, cuya temporaneidad no es discutida en ninguno de los actos administrativos posteriores y en el que, de manera sucinta, expone:

-Que es improcedente iniciar un procedimiento de revisión de oficio, por cuanto el mismo está previsto sólo para las causas de nulidad de pleno Derecho contempladas en el art. 62.1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC); y, en su criterio, el caso concreto no encaja en ninguna de ellas; y, por tanto, tampoco en la causa de nulidad prevista en su apartado f), que es la aducida por la Administración, pues la Resolución cuya revisión se pretende no es un acto administrativo que carezca de los requisitos esenciales para conferir las facultades o derechos que otorga.

-Que ello es así porque la convocatoria, al exigir a los aspirantes el requisito de contar con una antigüedad de, al menos, 2 años, como personal laboral en la categoría profesional de Operario u Operario Especializado, no exige, sin embargo, como pretende la Dirección General, que dicho tiempo lo haya sido sea prestando “servicios efectivos” en dicha categoría.

Décimo

El 13 de abril de 2016, la Directora General de la Función Pública del Gobierno de La Rioja traslada el expediente, a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Administración Pública y Hacienda, para la tramitación del oportuno procedimiento de revisión de oficio, acompañado de un informe en el que: i) centra la cuestión en determinar si la exigencia de una antigüedad de, al menos, dos años, prevista en la base 2.2,c) de la convocatoria, implica *“la prestación efectiva de servicios o basta el mero transcurso de ese tiempo desde que se adquirió la condición de personal laboral fijo”*; ii) estima que dicha base de la convocatoria establece como requisito fundamental, para acceder a la condición de funcionario, la prestación efectiva de servicios en la categoría de origen; iii) propone, en consecuencia, la nulidad, *ex art. 62.1 f) LPAC*, de la Resolución de 2 de noviembre de 2015, por la que se aprobó la relación definitiva de aspirantes admitidos, y demás actos conexos, aunque, única y exclusivamente, en cuanto a la admisión a la convocatoria de D^a L.R.G; y iv) razona que el procedimiento de revisión es procedente pues, aunque la expresada Resolución no constituye un acto administrativo definitivo, sí lo es de trámite cualificado, puesto que, al otorgar derechos a quién no reunía los requisitos para participar en el proceso selectivo, su nulidad impide la continuación del procedimiento con respecto a la interesada.

Décimo primero

El 25 de mayo de 2016, la Secretaría General Técnica de la Consejería de Administración Pública y Hacienda formula una primera Propuesta de resolución, en sentido de que procede declarar la nulidad de la expresada Resolución de 2 de noviembre de 2015, de la Dirección General de la Función Pública, así como la de los demás actos administrativos conexos derivados de aquella, únicamente en lo que se refiere a excluir, de las relaciones de aspirantes aprobados en el primer y segundo ejercicio, a D^a L.R.G, conservando los actos relativos a las actuaciones referidas al resto de aspirantes que resultaron aprobados.

Décimo segundo

Por escrito de 25 de mayo de 2016, la Secretaria General Técnica requirió el preceptivo informe de los Servicios Jurídicos, el cual fue emitido, en fecha 1 de junio de 2016, en sentido favorable a la Propuesta de resolución.

Décimo tercero

El día 1 de junio de 2016, la Secretaria General Técnica emitió la definitiva Propuesta de resolución que se somete a dictamen de este Consejo, reiterando los argumentos y decisión de la informada por los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja.

Décimo cuarto

Por Resolución de 2 de junio de 2016, de la Secretaría General Técnica, se acuerda la suspensión del procedimiento de revisión de oficio objeto de este dictamen, al ser preceptivo el mismo, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 42, núm. 5 de la Ley 30/1992 LPAC; circunstancia que fue notificada a la interesada el siguiente día 3 de igual mes y año.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 2 de junio de 2016, y registrado de entrada en este Consejo el 3 de junio de 2016, el Excmo. Sr. Consejero de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 3 de junio de 2016, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del dictamen del Consejo Consultivo.

El carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo en los supuestos de revisión de los actos administrativos resulta, con toda claridad, de lo dispuesto en el art. 102.1 LPAC, a cuyo tenor *“las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, 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”*. Reiteran la necesidad del dictamen del Consejo Consultivo en estos casos nuestra Ley reguladora [artículo 11.f)] y el Reglamento que la desarrolla [artículo 12.2.f)].

Por lo demás, como claramente se infiere del art. 102.1 LPAC, el dictamen del Consejo Consultivo en materia de revisión de actos administrativos es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiere sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

Segundo

Órgano competente para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio

A tenor de lo dispuesto en el art. 48.1.a), de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la CAR, *“los procedimientos de revisión de actos nulos se iniciarán por el órgano autor del acto”*. Habiéndose iniciado este procedimiento por la Dirección General de la Función Pública, se cumple con lo dispuesto por este precepto.

Asimismo, a tenor de lo dispuesto en el art. 48.1.b) LPAC, *“cuando se trate de actos nulos, la declaración de nulidad se efectuará por los Consejeros, previo dictamen favorable del Consejo Consultivo de La Rioja, si se trata de actos provenientes de órganos inferiores”*. En concreto, esta competencia genérica del Consejero se radica en el consultante, a tenor de lo dispuesto en el art. 9.1.c) del Decreto 23/2015, de 21 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Administración Pública y Hacienda, al determinar que, entre las funciones que corresponden al titular de la Consejería, se encuentra la de *“declarar la nulidad de actos provenientes de los órganos inferiores de su Consejería”*.

Esta misma disposición establece, en su art. 9.1.2.1,e), que corresponde al Secretario General Técnico de la referida Consejería: *“la tramitación de los expedientes de procedimientos de revisión relativos a las disposiciones y actos de la Consejería y de los organismos públicos a ella adscritos, cuya resolución compete al titular de la Consejería”*.

Cumplidas las exigencias de competencia en los términos expuestos, el expediente está adecuadamente tramitado.

Tercero

Sobre la concurrencia o no de la causa de nulidad del art. 62.1, f) LPAC en el presente caso

1. Como se ha señalado, de los informes y Propuesta de resolución, así como del escrito de alegaciones presentado por D^a L.R.G. en el expediente, dos son las cuestiones que constituyen el fundamento del procedimiento de revisión de oficio sometido a dictamen de este Consejo: i) si el requisito, previsto en la base 2.2 de la convocatoria, de *“tener una antigüedad de, al menos, dos años como personal laboral en la categoría profesional de Operario u Operario Especializado”* debe entenderse como de *“servicios efectivos prestados”* en dicha categoría profesional; y ii) si procede o no la revisión de oficio propuesta.

2. El procedimiento especial de revisión de actos nulos declarativos de derechos está regulado en el art. 102 LPAC; y los actos objeto de revisión son los que incurran en alguno de los supuestos previsto en el art. 62.1 LPAC, en cuyo apartado f) se establece que son nulos de pleno Derecho, los actos de las Administraciones públicas *“expresos o presuntos, contrarios al ordenamiento jurídico por lo que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”*, supuesto éste que constituye el fundamento del presente procedimiento de revisión, al entender, la Administración que lo inicia, que el requisito de que los aspirantes tengan una antigüedad de, al menos, dos años como personal laboral en la categoría profesional de Operario u Operario Especializado implica que tales años lo sean *“de servicio efectivo”*. En consecuencia, dicha Administración estima que la admisión de D^a L.R.G. a participar en las pruebas selectivas convocadas, sin cumplir las exigencias que lo permitían, implica la nulidad, *ex art. 61.1,f) LPAC*, al carecer dicha aspirante de los requisitos esenciales exigidos para dicha participación.

3. El informe, de la Dirección General de la Función Pública, de 13 de abril 2016, en el que se fundamenta materialmente la Propuesta de resolución, entiende que así debe ser, al considerar implícita la necesidad de una *“prestación efectiva”* de servicios en el requisito exigido, por la base 2.2.c) de la convocatoria, de que los aspirantes tengan una antigüedad

de, al menos, dos años en la categoría profesional de origen, pues el referido requisito “*no se puede concebir de otra forma que no sea la efectiva prestación de servicios, tal y como exige, de forma taxativa, la normativa que regula los procedimientos de selección en el ámbito de las Administraciones públicas*”.

El referido informe aduce que nos encontramos ante un procedimiento selectivo de *promoción cruzada*, es decir, mediante el cual el personal laboral fijo adquiere la condición de funcionario de carrera, y, en consecuencia, pasa a regirse por el régimen jurídico de este último tipo de personal, contenido en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del empleado público (EBEP'15), si bien, cuando se iniciaron las pruebas selectivas que ahora nos ocupan, estaba vigente la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP'07); aunque debemos precisar que no es necesaria ninguna disquisición especial sobre la normativa aplicable, pues los preceptos de uno y otro texto que se han de examinar son prácticamente coincidentes.

Así, indica el informe: i) que, tanto el art. 18.2 EBEP'07 como el art. 18.2 EBEP'15, al regular la promoción interna de los funcionarios de carrera, exigen, para acceder a ella, “*tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el inferior Subgrupo*”; lo que, además, apoya con cita de jurisprudencia menor que lo avala; y ii) que el requisito de que el período mínimo de dos años lo sea de servicio activo venía ya recogido, al regular la promoción interna, por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función pública; y iii) que la exigencia de cumplir el requisito de permanencia mínima de dos años de prestación efectiva de servicios en la categoría profesional o cuerpo desde el que se promociona es exigencia legal en todos los procesos de promoción interna de los funcionarios de carrera, y así lo viene haciendo la Administración pública de la CAR.

Por ello, concluye el informe que aceptar la mera “*antigüedad de un mínimo de dos años en la categoría desde la que se accede*”, sin la prestación efectiva de servicios en la misma, constituiría una evidente quiebra del principio de igualdad de los artículos 14 y 23.2 del Texto constitucional, que lo establecen como principio regulador para el acceso a las funciones y cargos públicos.

4. Nos encontramos, pues, con lo que podríamos denominar una “dicotomía reguladora” en el proceso de selección, pues el mismo está previsto para que el personal laboral –regido por el ordenamiento laboral- acceda a la condición de funcionario –regido por el ordenamiento administrativo-. Pero conviene señalar que, siendo el punto de inicio la condición de laboral de las personas para las que se efectúa la convocatoria, resulta aplicable el art. 19 del EBEP'07 (reproducido en el art. 19 EBEP'15), que, bajo el concepto de “*Carrera profesional y promoción del personal laboral*”, establece que: “1. El personal laboral tendrá derecho a la promoción profesional. 2. La carrera profesional y

la promoción del personal laboral se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los Convenios Colectivos”.

Pues bien, el Convenio Colectivo de aplicación a este caso es el aprobado por Resolución de 6 de marzo de 2009, de la Dirección General de Trabajo, publicado en el BOR de 13 de marzo de 2009, para el Personal laboral al servicio de la CAR, que, si bien preveía su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2011, se encuentra prorrogado y en vigor. En él, se recogen dos situaciones jurídicas, inexistentes en el EBEP´07 (y en el EBEP´15):

-En el art.17, referido a la *promoción y carrera profesional*, en su apartado 4, se recoge la que denomina “*Promoción cruzada*”, indicando que:

“Con carácter excepcional y de acuerdo con las condiciones y requisitos que se establezcan al efecto, el personal laboral perteneciente a las categorías de Operario y Operario Especializado podrá participar en las convocatorias de promoción interna al Cuerpo General de Auxiliar de AG. Deberá poseerse la titulación exigida y tener una antigüedad, al menos, de dos años en la Categoría a la que pertenezcan. La articulación de este sistema se llevará a cabo por el procedimiento de concurso-oposición en convocatorias independientes de la de los funcionarios”.

-En el Capítulo VIII, sobre las *excedencias*, concretamente en el art. 32, se regulan las *voluntarias*, indicando, como primera modalidad, la que denomina “*por incompatibilidad*”, respecto de la cual señala que:

“El trabajador fijo que, como consecuencia de la normativa sobre incompatibilidades, deba optar por una plaza, quedará, en la que cesare, en la situación de excedencia voluntaria, aun cuando no hubiese cumplido un año de antigüedad en el servicio, y conservará, indefinidamente, el derecho preferente al reingreso en vacante que hubiera o se produjera de igual o similar categoría a la suya.”

5. Del conjunto de toda la normativa citada, podemos obtener las siguientes conclusiones: i) por expresa disposición de la normativa administrativa (EBEP´07 y EBEP´15) las pruebas selectivas para la promoción, a la condición de funcionario, del personal laboral, que aquí se examinan, se han de regular por la normativa laboral que les resulte aplicable; ii) ésta ha de ser, y es, la recogida en el citado Convenio Colectivo para el Personal laboral al servicio de la Administración pública de la CAR; iii) el expresado Convenio recoge y regula el sistema de promoción que denomina “*cruzada*”, previsto, con **carácter excepcional**, para que el personal laboral de las categorías de Operario u Operario Especializado pueda participar en las convocatorias de promoción interna al Cuerpo General de Auxiliar de AG; iv) los únicos requisitos exigibles previstos por el Convenio son el de poseer la titulación exigible –lógicamente para la plaza a la que se pretende acceder-, y tener una “*antigüedad de, al menos, dos años en la categoría a la que pertenezcan*”, sin añadido alguno sobre si tales dos años han de ser en prestación de servicios o sin ella.

Además, la propia convocatoria específica, en la base 2.2.b), como uno de los requisitos que se han de reunir para poder concurrir a las pruebas selectivas: i) estar en la categoría profesional de Operario u Operario Especializado en servicio activo; o ii) estar en excedencia que exija reserva de puesto de trabajo; o iii) estar en excedencia voluntaria por incompatibilidad. Y, para cualquiera de los tres supuestos mencionados, con el añadido de que los servicios se presten en la Administración de la CAR. Es decir, se está equiparando las tres situaciones que describe: i) tener la condición de Operario u Operario Especializado **en servicio activo**; o ii) encontrarse en situación de **excedencia** que exija **reserva de puesto**; o iii) hallarse e situación de **excedencia voluntaria por incompatibilidad**.

Por último, otro requisito añadido es el del apartado c), de la reiterada base 2.2, y lo constituye el tener *“una antigüedad de, al menos, dos años como personal laboral en la categoría profesional de Operario u Operario Especializado”*, lógicamente, de la Administración de la CAR. Es este el núcleo del procedimiento de revisión dictaminado.

Ya hemos indicado que tanto el EBEP'07 como el EBEP'15 establecen, como normas reguladoras de la carrera profesional y de la promoción del personal laboral, la Ley por la que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (ET) y los Convenios Colectivos aplicables. El Convenio Colectivo del Personal laboral de la CAR, al regular las excedencias, establece la que denomina *“por incompatibilidad”*, que equipara a la de *“excedencia voluntaria”*, desarrollada en el siguiente punto 3, del mismo art. 32, que lleva por título *“Excedencia voluntaria”*.

Nada más específica el Convenio sobre los efectos y consecuencias de la excedencia, por lo que se ha de examinar lo que al efecto dispone el expresado ET, que regula las excedencias, en su art. 46, con el siguiente texto:

“Artículo 46. Excedencias.

1. La excedencia podrá ser voluntaria o forzosa. La forzosa, que dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo. El reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público.

2. El trabajador, con, al menos, una antigüedad en la empresa de un año, tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria, por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho solo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia voluntaria.”

Es de reseñar que:

-En el número 3 recoge, en su primer apartado, la *excedencia voluntaria por cuidado de hijos*; y, en su segundo apartado, la *excedencia voluntaria para atención a*

familiares, situaciones ambas para las que -aun siendo irrelevantes para el supuesto fáctico examinado-, específica, en su apartado 5, que el periodo en que el trabajador permanezca en ellas “*será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional*”.

-En su apartado 4, menciona otro supuesto de excedencia cual es el de “*los trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo*, sin especificar nada en cuanto a los efectos que produce.

-Por último. en su número 5, hace mención a los efectos que produce la excedencia voluntaria, al especificar que: “*El trabajador en excedencia voluntaria **conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa.***”

En suma, conviene aclarar que sólo son tomados en cuenta a efectos de cómputo de antigüedad: i) los periodos de excedencia forzosa (*ex arts. 46.1 ET y 34.2 del Convenio Colectivo de 2009 aplicable al caso*); y ii) los de excedencia por cuidado de hijo (*ex arts. 46.3 y 32.2 del referido Convenio*). Esta última introducida en el Estatuto de los Trabajadores por el art.1º3 de la Ley 3/1989, de 3 de marzo; y luego por el art. 4º de Ley 39/1999, de 5 de noviembre. Pero no procede considerar los períodos disfrutados en situación de excedencia voluntaria (*ex arts. 46.2 y 46.5 ET*), calificación que recibe la de excedencia por incompatibilidad contemplada por el art. 32.1 del Convenio colectivo aplicable.

Para los funcionarios públicos, el EBEP´07 (y también el EBEP´15) establece, en los mismos términos que el art. 46 ET, la diferencia de efectos entre la excedencia voluntaria común (arts. 89.1 a) y 89.2) y la que se solicita por cuidado de hijo o familiar (arts. 89.1 c) y 89.4 EBEP´07 y EBEP´15).

6. De todo lo anteriormente expuesto, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

-El sistema utilizado para la promoción interna cuyas pruebas selectivas se convocaron por Resolución de 8 de septiembre de 2015, fue el de “*Promoción cruzada*”, tan sólo regulado por el Convenio colectivo del Personal laboral al servicio de la Administración de la CAR.

-Ese sistema está previsto para permitir, con **carácter excepcional**, que el personal laboral, que reúna las condiciones para él establecidas, y mediante convocatoria de promoción interna restringida, pueda acceder a la condición funcionarial en el Cuerpo General de Auxiliar de Administración General.

-El carácter excepcional comporta, a efectos de lo que es objeto de este dictamen, dos características: i) se trata de un procedimiento previsto para un supuesto concreto en el que se “suavizan” las exigencias del acceso a la función pública, en cuanto está restringido a las personas para las que se efectúa, “reduciendo la competencia” al excluir la participación de cualesquiera otras; y, ii) la interpretación de las normas que lo regulan ha de ser estricta, sin incorporar elementos que, pese a las dudas que puedan existir, no estén expresamente contemplados en ellas.

-El sistema de *promoción cruzada*, por propia disposición del EBEP’07 y del EBEP’15, ha de estar regulado por las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores y del Convenio Colectivo aplicable.

-Si bien el Convenio Colectivo aplicable nada especifica en cuanto a los efectos de la excedencia voluntaria, sí lo efectúa el ET, recogiendo, de manera indubitada, los efectos que produce dicha situación y asignándole, **exclusivamente**, el derecho preferente de reingresar con ocasión de vacante, pero **no el de generar antigüedad**, a diferencia de los otros tipos de excedencia, como la forzosa o la de cuidado de hijos, en las que sí se menciona expresamente que generan antigüedad.

En definitiva, siendo, por específica disposición del EBEP’07 (y también del EBEP’15), la normativa aplicable la laboral, y disponiendo ésta que la situación de excedencia voluntaria (aunque sea, como es el caso, por causa de incompatibilidad), sólo genera derecho a un reingreso preferente con ocasión de vacante, pero no produce “derecho” alguno de antigüedad, es claro que D^a L.R.G, en cuanto a la categoría laboral de Operario u Operario Especializado, no tenía –por lo citado en los Antecedentes de hecho de este dictamen- la antigüedad requerida en la base 2.2, c) de la convocatoria, pues no cumplía el requisito, exigido en dicha convocatoria, de llevar, “*al menos, dos años de antigüedad*” en esas categorías.

7. Dicho lo anterior, es evidente que, aun coincidiendo en el resultado de anulación del acto, discrepamos del razonamiento jurídico expuesto para fundamentarla en el Informe de la Dirección General de la Función Pública (que acompaña a la Resolución de inicio del procedimiento de revisión, y que la Propuesta de Resolución objeto de este dictamen hace suya)

En efecto, dicho Centro directivo sostiene que los dos años de antigüedad exigida en la convocatoria han de ser entendidos como un bienio de “*prestación efectiva de servicios*” en la categoría, y ello, no sólo por así exigirlo una equiparación analógica con la normativa aplicable a la promoción y carrera profesional prevista para los funcionarios, sino también porque, de no entenderlo así, se provocaría una ruptura del principio constitucional de igualdad.

Sin embargo, en nuestro criterio, las bases de la convocatoria (que son la “ley” del proceso selectivo, como hemos señalado en nuestros dictámenes D.61/14 y D.62/14, con cita de la legislación y jurisprudencia que así lo proclama), no exigen expresamente (como con acierto revela la interesada en sus alegaciones), una prestación efectiva de servicios en la categoría, sino sólo que los aspirantes tengan una antigüedad bienal mínima en la misma; que no es exactamente lo mismo, ya que pueden darse casos, como -por ministerio de la ley-, sucede en la excedencia forzosa o en la voluntaria por cuidado de hijos, en los que se resulta posible sumar años de antigüedad en una categoría profesional, sin una prestación efectiva o activa de servicios en la misma.

Por ello, tampoco se produce una lesión del derecho constitucional de igualdad, pues, el propio Tribunal Constitucional se ha manifestado a favor de la posibilidad de que se produzcan situaciones distintas para acceder a las funciones públicas; y así en la STC de 28 de abril de 2016, argumenta que:

*“En cuanto al derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos del art. 23.2 CE..., se trata (como recordamos en la STC 27/2012, de 1 de marzo ..., por todas) de un derecho de configuración legal «que supone que las normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio (SSTC 193/1987, de 9 de diciembre ...; 47/1990, de 20 de marzo ..., o 353/1993, de 29 de noviembre ...), o de referencias individualizadas (STC 67/1989, de 18 de abril ...)». No obstante, **en determinados supuestos extraordinarios, se ha considerado acorde con la Constitución que, en procesos selectivos de acceso a funciones públicas, se establezca un trato de favor en relación a unos participantes respecto de otros.** Esta excepción a la regla general se ha considerado legítima en supuestos verdaderamente singulares, en los que las especiales circunstancias de una Administración y el momento concreto en el que se celebraban estas pruebas, justificaban la desigualdad de trato entre los participantes, beneficiando a aquéllos que ya habían prestado en el pasado servicios profesionales en situación de interinidad en la Administración convocante. Estos supuestos varían desde la celebración de pruebas restringidas (STC 27/1991, de 14 de febrero ...) a pruebas en las que se primaba de manera muy notable los servicios prestados en la Administración, pero en uno y otro caso, ha existido siempre justificación de las singulares y excepcionales circunstancias que de manera expresa se explicaban en cada una de las convocatorias (SSTC 67/1989, de 18 de abril; 185/1994, de 20 de junio 12/1999, de 11 de febrero; 83/2000, de 27 de marzo, o 107/2003, de 2 de junio...*

Por último, en cuanto a la previa valoración de los servicios prestados a la Administración, como dijimos en la STC 111/2014, de 26 de junio, FJ 5, «este Tribunal ha reconocido que ‘la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer, además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados’ [SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 3, y 107/2003, de 2 de junio FJ 5 b)]. Pero no puede llegar a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros, ni tener una dimensión cuantitativa que rebase el ‘límite de lo tolerable’ [SSTC 67/1989, FFJJ 3 y 4; 185/1994, FJ 6, y 73/1998, FJ 3 b)]. Por ello dijimos en la STC 38/2004, de 11 de marzo, que serían admisibles unas pruebas de acceso a la función pública de personal laboral fijo ‘cuya excepcionalidad cabría entender que consistiría en la previsión de que se valorasen los servicios efectivos prestados como personal laboral y las pruebas selectivas superadas para acceder a tal condición, pero que no

quedaría excluida de raíz la concurrencia de otras personas que no hubieran prestado aquel tipo de servicios' (fundamento jurídico 4; en el mismo sentido, ATC 68/2012, de 17 de abril, FJ 3)».

8. Procede, pues, examinar si, independientemente de si ha habido o no en el caso una prestación efectiva de servicios en la categoría profesional de origen, concurre, sin embargo, la causa de nulidad prevista en art. 62.1,f) LPAC.

A este respecto, en el caso concreto examinado es indiscutible que, con el acto administrativo que se pretende declarar nulo se ha permitido, a una de las cinco personas que resultaron seleccionadas para una de las –también- cinco plazas vacantes objeto de la convocatoria, adquirir el “derecho” a incorporarse, como funcionaria, al Cuerpo de Auxiliar de Administración General.

Y es también indudable que la interesada no reúne el bienio mínimo de antigüedad exigido en la base 2.2, c) de la convocatoria, sin encontrarse en ninguna de las situaciones de excedencia que producen el efecto de generar dicha antigüedad, al margen de la efectiva prestación o no de servicios en la categoría profesional de origen.

El problema fundamental estriba en si ese acto administrativo, por el que se le admitía a tomar parte, como aspirante, en las pruebas selectivas, sin que “reuniese” el referido requisito para participar en las pruebas, ha de considerarse que omite un “requisito esencial” para la adquisición de tal derecho, y, por tanto, susceptible del procedimiento de revisión examinado.

En este punto concreto, no podemos apartarnos de los hechos concretos contenidos en el expediente que se nos somete: la posibilidad de participar en la convocatoria, junto a la circunstancia de haber sido una de las cinco aspirantes seleccionadas para cubrir las cinco plazas vacantes ha otorgado a la interesada el **derecho a adquirir la condición de funcionario**. Y es evidente que, en este caso concreto, la necesidad de reunir los requisitos iniciales y mínimos exigidos para tomar parte en la convocatoria se ha constituido en el fundamento del derecho que (tras haber superado las distintas fases de las pruebas selectivas) se le habría de otorgar: la adquisición de la condición de funcionario de carrera. O, dicho en sentido contrario: de no ser posible su participación por no reunir la totalidad de requisitos exigibles -cual es el caso, por lo que se viene diciendo-, en modo alguno hubiera podido adquirir la condición de funcionaria del Cuerpo para el que se convocaron las pruebas selectivas. Se trata, pues, de una causa de nulidad de las previstas en el art. 62.1, f) LPAC.

En cuanto al carácter esencial de cumplimiento de los requisitos para participar en la convocatoria, procede citar los arts. 62.1 b) y 62.2 EBEP'07 (y también del EBEP'15), que precisamente disponen que uno de los requisitos para la adquisición de la condición de funcionario público es el “*nombramiento por el órgano o autoridad competente*”, y que, a esos efectos, “*no podrán ser funcionarios, y quedarán sin efecto las actuaciones relativas*

a quienes no acrediten, una vez superado el proceso selectivo, que reúnen los requisitos y condiciones de la convocatoria”.

Cuarto

Sobre la concurrencia de los requisitos para el procedimiento de revisión, y su procedencia

1. Como ha tenido ocasión de manifestar este Consejo, entre otros, en su dictamen D.40/11 (citado en la Propuesta de resolución), el procedimiento especial de revisión de los actos nulos declarativos de derechos se encuentra regulado en el art. 102 LPAC, y los actos objeto de revisión son los que incurran en alguno de los supuestos previstos en el art. 62.1 LPAC, según el cual, son nulos de pleno Derecho los actos de las Administraciones públicas en él numerados, siempre que se haya puesto fin a la vía administrativa.

Y, en este caso, el supuesto de nulidad aducido para fundar la declaración de nulidad es el contenido en el art. 62.1, f) LPAC, según el cual son nulos de pleno Derecho *“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”.*

Por tanto, los requisitos exigidos por la norma que tipifica este supuesto de nulidad son dos:

- De una parte, que el acto cuya nulidad se pretende carezca de los “requisitos esenciales” para la adquisición del derecho o facultad del que se trate. Y, para que el requisito exigido pueda calificarse de esencial, es preciso que se refiera a las condiciones del objeto o del sujeto sobre el que recaiga la actividad. Y la ausencia de requisitos esenciales debe ser incontrovertible para que pueda producirse la nulidad. Todo ello, según hemos declarado en dictámenes anteriores (cfr. D.46/08), en base a la doctrina del Consejo de Estado (cfr. DD. núms. 2133/96, 1494/97, 2897/00 y 3336/00, entre otros) y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. STS de 6 de mayo de 2009).

- De otra parte, es necesario que el acto determine el nacimiento de un derecho o una facultad; y la referencia a “derechos o facultades”, siguiendo la más autorizada doctrina científica, citada por los Servicios Jurídicos en su informe de 5 de mayo de 2011, se refiere, no sólo a *“casos en que a la Administración corresponde verdaderamente construir derechos”* (nombramiento, concesiones), sino también a *“todos aquellos en que la acción administrativa posibilite la efectividad de las facultades o derechos”* (autorizaciones en sus diferentes regímenes)”.

Por lo dicho en ordinal anterior, se cumplen, en este concreto supuesto los dos requisitos mencionados: D^a L.R.G. carecía de uno los requisitos exigidos para tomar parte en la convocatoria a las pruebas selectivas que concurrió, y que, precisamente por ello, constituía requisito esencial para acceder al derecho que, la posible superación de las pruebas –cual sucedió- le otorgaba la efectividad del derecho a adquirir la condición de funcionaria.

2. A su vez, el procedimiento de revisión está previsto, por el artículo 102.1. LPAC para los “...*actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo...*”, siempre que presenten causa de nulidad prevista en el art. 62.1. LPAC.

El procedimiento de revisión sometido a dictamen de este Consejo es ajustado a esa exigencia. Si bien no se ha puesto fin al procedimiento de selección faltando la culminación de la fase de concurso y la resolución que otorgue, a quién y cómo proceda, la condición de funcionario como culminación de ese proceso de selección, el texto aquí citado establece, como actos administrativos revisables, además de los anteriores, los que no hayan sido recurridos en plazo como una disyuntiva, es decir, tanto los que hayan puesto fin a la vía administrativa, como los que, sin ostentar esa condición, se revela en ellos alguna de las causas de nulidad del mencionado art. 62.1. LPAC, y por ello, careciendo de los requisitos esenciales, otorgan facultades o derechos.

A este respecto, el Consejo de Estado, en su Dictamen 1455/1994, ha tenido ocasión de manifestar que son equiparables a las resoluciones o actos definitivos, a efectos de su revisión, los denominados **actos de trámite cualificados**, o sea los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, o que producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Supuestos entre los que se encuentra la resolución que la revisión pretende declarar nula, en cuanto es consecuencia inherente a la participación de quién no tiene derecho a ello, a la posibilidad de adquirir la condición de funcionario que, el acto ocasionador de la nulidad otorga.

CONCLUSIONES

Primera

Procede la revisión de oficio y anulación de la Resolución de la Dirección General de Función Pública, de 2 de noviembre de 2015, por la que se hace pública la relación definitiva de aspirantes admitidos y excluidos a las pruebas selectivas para la provisión, por el sistema de promoción cruzada, de plazas vacantes del Cuerpo Auxiliar de

Administración General, por ser la misma un acto administrativo nulo de pleno derecho, *ex* art. 62.1.f LPAC, al no reunir la interesada, D^a L.R.G, el bienio mínimo de antigüedad en la categoría profesional de origen exigido en la base 2.2,c) de la convocatoria.

Segunda

La nulidad de la Resolución expresada se extiende también a todos los actos administrativos conexos con la misma.

Tercera

La expresada nulidad de la Resolución y actos conexos afecta exclusivamente a los efectos de excluir a D^a L.R.G. del derecho a participar en las correspondientes pruebas selectivas, debiendo conservarse todos los demás trámites del procedimiento de selección efectuados en fecha posterior a la de la Resolución anulada, que sean compatibles con tal declaración.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero