

**INFORME JURÍDICO: REVISIÓN DE OFICIO NOMBRAMIENTO INTERINO SECRETARIA-INTERVENCIÓN**

**ANTECEDENTES**

**Primero.** - El Alcalde del Ayuntamiento de XXXX, con fecha de entrada en esta Diputación el día YYYY RE XXXX, solicita informe jurídico en relación a:

La revisión de oficio del nombramiento interino de la Secretaria Interventora de XXXX a petición de la Dirección de la Ordenación del Territorio y Admón. Local

**Segundo.** - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento del Servicio de Asistencia a Municipios, junto con dicha solicitud no se remite informe emitido por el secretario del Ayuntamiento, dado que la Secretaria-Interventora se abstiene de informar de acuerdo con el art. 23.1 y 23.2.b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

Sobre los referidos antecedentes han de considerarse los siguientes

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** El presente informe se emite en virtud de lo previsto en el Reglamento de Asistencia Jurídica, Económica y Técnica de los municipios de la provincia de Zamora, publicado en el BOP de Zamora nº 41 de 5 de abril de 2004, que regula el funcionamiento del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Zamora, estableciendo los requisitos y procedimiento para dicha asistencia, dando cumplimiento de este modo a lo dispuesto en el artículo 36.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece que es competencia de las Diputaciones Provinciales la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.

Se han cumplido los requisitos y procedimiento establecidos en dicho Reglamento; en concreto, la petición de informe está suscrita por el alcalde de la entidad local y dirigida al presidente de la Corporación Provincial (art. 13.1).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.2 del citado Reglamento, el informe emitido no será vinculante para la entidad local solicitante.

**Segundo.** - Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas prevé en el Artículo 106 la Revisión de disposiciones y actos nulo, manteniendo la vía prevista en la Ley 30/1992,

1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si los 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 47.1.

Este artículo 106 no contempla un procedimiento específico para la revisión de oficio de las disposiciones administrativas, sino que se limita a exigir el dictamen previo favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Por ello, resultan de aplicación las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos, contenidas en el título IV de la citada Ley.

En la esfera local El artículo 4.1.g) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL) 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 dicha 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 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 2.568/1986, de 28 de noviembre. Dicha remisión a la legislación estatal sitúa actualmente la cuestión como hemos señalado inicialmente en los artículos 106 a 111, que integran el capítulo I del título V de la LPAC.

Tenemos así en el principio de competencia el primer límite a la potestad de revisión, dado que no es competencia del municipio el nombramiento de personal interino de acuerdo con el Artículo 92 bis.7 de la LBRL sino que Las Comunidades Autónomas efectuarán, de acuerdo con la normativa establecida por la Administración del Estado, los nombramientos provisionales de funcionarios con habilitación de carácter nacional, así como las comisiones de servicios, acumulaciones, nombramientos de personal interino y de personal accidental.

Y en el art. 53 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

1. Cuando no fuese posible la provisión de los puestos reservados por funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional y, sin perjuicio de la previsión establecida en el artículo 10.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, las Corporaciones Locales podrán proponer a la Comunidad Autónoma, con respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, el nombramiento de un funcionario interino, que deberá estar en posesión de la titulación exigida para el acceso al subgrupo A1.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, las Comunidades Autónomas podrán constituir, en su ámbito territorial, relación de candidatos propia para la provisión, con carácter interino, de puestos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Para la constitución de dicha relación de candidatos, la Comunidad Autónoma podrá convocar la celebración de las correspondientes pruebas de aptitud, con respeto, en todo caso, a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Asimismo, se dará preferencia para la constitución de la mencionada lista, a aquellos aspirantes que hayan aprobado algún ejercicio en las pruebas de acceso a la subescala correspondiente. Estas convocatorias se publicarán en los Diarios Oficiales correspondientes.

El nombramiento de funcionario interino previamente seleccionado por la Comunidad Autónoma sólo se efectuará cuando la Corporación Local no proponga funcionario previamente seleccionado por ella.

3. La resolución del nombramiento se efectuará por el órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva, debiendo quedar acreditado en el expediente la imposibilidad de proveer el puesto por funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional.

En el mismo sentido el Artículo 34 del hoy derogado Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, vigente en el momento del expediente que se somete a informe. "Cuando no fuese posible la provisión de los puestos de trabajo vacantes en las corporaciones locales reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional por los procedimientos previstos en los artículos 30, 31 y 32, las corporaciones locales podrán proponer, con respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, el nombramiento como funcionario interino de una persona que esté en posesión de la titulación exigida para el acceso a la subescala y categoría a la que pertenece.

La resolución del nombramiento se efectuará por el órgano competente de la comunidad autónoma respectiva, debiendo quedar acreditado en el expediente la imposibilidad de provisión por un funcionario con habilitación de carácter nacional."-

Por lo que inicialmente podríamos concluir este informe situando la competencia para revisar el nombramiento de D<sup>a</sup>. XXXX como Secretaria

Interventora de YYYY en la comunidad autónoma como competente para resolver el nombramiento.

**Tercero.** - En el caso que se somete a informe la sentencia del JP de Zamora 308/2016 reconoce como hecho probado el incumplimiento de las bases por la existencia de incompatibilidad previa lo que sitúa a la nombrada ante la imposibilidad de concurrir al procedimiento sin renunciar previamente al anterior puesto de XXXX. No puedo dejar pasar este momento para decir que viene siendo habitual en estos procesos selectivos que concurren a ellos personas que están trabajando en la administración en el momento de solicitar la participación en el concurso.

¿Qué es esto un asunto de incompatibilidad o de revisión de oficio por concurrir causa de nulidad? El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 1171/2015 de 30 dic. 2015, Rec. 220/2013, ve un caso de revisión de oficio en un procedimiento selectivo

*“A juicio de la demandante se vulnera las bases porque la toma de posesión sería un acto que no se debería cumplir por cuanto si se toma posesión para quien está desempeñando un trabajo incompatible, se incurriría en causa de incompatibilidad al venir desempeñando ese puesto de trabajo anterior que impediría ocupar el ganado en el proceso selectivo, siendo requisito necesario para la toma de posesión la previa declaración de no incurrir en causa de incompatibilidad.*

*Para la Administración lo que se plantea es una cuestión de legalidad ordinaria que nada tiene que ver con la vulneración de un derecho fundamental.*

*Para resolver esta cuestión debemos destacar los razonamientos que expresamos en la sentencia 647/2012 de 10 de septiembre donde mostramos la perplejidad que producía exigir la toma de posesión para quienes por el desempeño de un puesto de trabajo incompatible con el nuevo ganado no iban a ocuparlo por esa razón: "La tesis defendida por la recurrente de considerar inválida la toma de posesión de los aspirantes aprobados que tomaron posesión de plazas que como consecuencia de la incompatibilidad con aquellas que venían desempeñando y por las que optaron, nunca iban a ocupar, de ahí que operase la previsión contenida en la base 10.3 que invoca, no deja de ser sugerente y con aceptables fundamentos. En principio el art. 36 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1.964 parece muy claro cuando exige el requisito de la toma de posesión para adquirir la condición de funcionario público. Sin embargo esa claridad se oscurece cuando en el art. 13 del R.D. 598/85, de 30 de abril) se dispone que en la diligencia de la toma de posesión se exprese la manifestación del interesado de no venir desempeñando ningún puesto o actividad en el sector público de modo que si se viniese desempeñando otro puesto o actividad en dicho sector se deberá proceder en la forma que determina el art. 10 de la Ley 53/84 . En el art. 13 ya mencionado se exige una manifestación imposible de cumplir para los aspirantes aprobados que optaron ante su situación de incompatibilidad por el puesto anterior, de que*

*no vienen desempeñando ningún puesto de trabajo incompatible con el de la toma de posesión; manifestación que para el caso de hacerse en la toma de posesión no sería verdad, puesto que se viene desempeñando otro puesto anterior incompatible, lo cual y para evitar la contradicción en que se incurre y con el fin de soslayar la falsedad determinaría, o bien que no se tomara posesión de la plaza por incompatibilidad sobrevenida o bien la renuncia que parece sugerirse en el art. 10 de la Ley 53/84. La Ley autonómica en su art. 4.2 parece confirmar como requisito previo a la toma de posesión requerida para adquirir la condición de funcionario que se formalice una declaración de compatibilidad para el desempeño de trabajo, condición de imposible cumplimiento para los que ya vinieran ejerciendo un puesto de trabajo previo incompatible con relación a aquel del que se toma posesión o que en caso de hacerse determinaría una declaración en falso. En los mismos términos la resolución de 15-3-2007 en su art. 3 obligaría a algo imposible de observar para los aspirantes aprobados que incurren en causa de incompatibilidad".*

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia 958/2012 de 4 jul. 2012, Rec. 144/2012

*En consecuencia, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley de Incompatibilidades debe efectuarse la opción dentro del plazo de toma de posesión, de manera que la Administración a cuyo cuerpo, escala o categoría ingresa, deberá facilitársela pues el procedimiento de ingreso o de adquisición de la condición de funcionario de carrera (y subrayamos, de esa concreta Administración local que la convocó) se ultima por imperativo del apartado d) del artículo 62 del EBEP con la "Toma de posesión dentro del plazo que se establezca", diligencia de toma de posesión que se reduce a la mera constancia ritual y formal en los casos de opción por la plaza o puesto de origen, pese que resulta obligada para la Administración respecto del aspirante aprobado, en este caso, para el Ayuntamiento de Culleredo, pues caso contrario perdería su condición de funcionario de esta última Administración, condición obtenida por procedimiento objetivo de concurrencia para el acceso a la plaza y que no se pierde por estar en excedencia voluntaria (cosa distinta es que el excedente no mantenga relación de servicios con la Administración ni reserva de plaza o puesto concreto alguno hasta que se produzca el reingreso con arreglo a los requisitos legales).*

*El artículo 10 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas establece que " Quienes accedan por cualquier título a un nuevo puesto del sector público que con arreglo a esta Ley resulte incompatible con el que vinieran desempeñando habrán de optar por uno de ellos dentro del plazo de toma de posesión.*

*Por tanto, una vez superado el proceso selectivo, bien por el sistema de oposición libre (artículo 35.1) o bien por el sistema de movilidad por concurso (artículo 35.4), la consecuencia es la misma, ya que el aspirante que lo supere tendrá derecho a ser nombrado y a tomar posesión, y añadimos ahora, también el derecho a ejercer la opción que le reconoce el artículo 10 de la Ley 53/1984 .*

*PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Concello de Culleredo de 30 de Noviembre de 2010 por la que se tiene por renunciado al demandante del nombramiento de funcionario de carrera de la escala de la administración especial revocando dicha resolución por ser contraria a derecho y declarado el derecho del actor a tomar posesión de la plaza obtenida en el Concello de Culleredo".*

**Cuarto.** - En cuanto al acto debido que aduce la junta de Castilla y León basándose en la Sentencia del T.S.J. CASTILLA-LEON VALLADOLID Sala de lo Contencioso Administrativo Sección de veintiuno de noviembre de dos mil dieciséis, en opinión de esta informante el juzgador no desvirtúa la capacidad de la jcyL como órgano competente en cuanto al nombramiento de funcionario interino, debe eso si comprobar que se cumplen los requisitos y este de la compatibilidad es un requisito de acuerdo con las bases y está en la documentación que se remite con el expediente. Que sea un acto debido en cuanto a la valoración no significa que no deba comprobar el cumplimiento de los requisitos y caso de no cumplirse puede darse resolución denegatoria del nombramiento propuesto.

En definitiva, la sentencia estima que la propuesta de la corporación local es vinculante para la Administración Autonómica, que debe efectuar el nombramiento de acuerdo con la misma, pudiendo ser denegatoria únicamente cuando no se cumplen los requisitos para el nombramiento por no tener el seleccionado el título habilitante para el desempeño del puesto, o por no acreditar la corporación local que el puesto no puede ser ocupado por un funcionario con habilitación nacional

En la sentencia se alude a los arts. 14 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, y 15 del Decreto 67/1999, de 15 de abril, para referirse a que la propuesta realizada por el Señor Alcalde del Ayuntamiento a favor de que se nombre al demandante, actual apelado, se correspondía con la formulada por la Comisión de Selección que ha actuado en el procedimiento selectivo, y a la vinculación existente entre las mismas, sin que -continúa diciendo la sentencia- de la normativa específica que regula la selección y nombramiento de funcionarios interinos en puestos reservados a Funcionarios con Habilitación de Carácter Nacional se pueda llegar a una conclusión diferente. Vinculación que también destaca se contiene en la base séptima de las que rigen la convocatoria.

Posteriormente el Juez "a quo" analiza la fase de nombramiento del funcionario que se realiza a través de un procedimiento en el que intervienen dos Administraciones, concluyendo que de acuerdo con lo previsto en el art. 9 del Decreto 32/2005, de 28 de abril, por el que se regulan los procedimientos de selección de funcionarios interinos y se crea la bolsa de trabajo para la provisión temporal de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, la Administración

Autonómica, a través del órgano competente, efectúa el nombramiento debiendo asegurarse de que está suficientemente acreditado que el puesto está vacante y que el mismo no puede ser cubierto por un funcionario con Habilitación de Carácter Nacional, así como de que el candidato propuesto por la Alcaldía reúne la titulación exigida, y si no concurren los requisitos indicados, el Órgano competente de la Comunidad Autónoma rechazará la propuesta de nombramiento realizada por la Corporación Local dictando la resolución correspondiente. Si esos requisitos concurren, el nombramiento debe efectuarse al considerar que es un acto debido dado que la "resolución definitiva" a la que se refiere el artículo 9 del Decreto 32/2005, de 28 de abril, no permite entender que el órgano competente de la Comunidad Autónoma no quede vinculado por la propuesta de la Comisión de Selección cuando la misma haya sido asumida por el Presidente de la Corporación.

Por lo tanto, es la propia legislación específica la que no permite entender que el órgano de la Comunidad Autónoma puede apartarse de la propuesta de la corporación local más allá de velar por el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos para que se pueda efectuar el nombramiento mismo.

Por todo ello, y en base a la exposición jurídica aquí enumerada, pueden formularse las siguientes

### CONCLUSIONES

**Única.** – De concurrir causa de nulidad en la Resolución de XXXX de la Consejería de Presidencia de la Junta de Castilla y León por la que se nombra a YYYY funcionaria interina del puesto de Secretaria clase tercera XXXX, es la propia comunidad autónoma como competente en la resolución del nombramiento la que debe iniciar el expediente tendente a la revisión de oficio de dicho nombramiento.