



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 6 / 1 9 9 3

La Laguna, a 14 de julio de 1993.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno en relación con la *Propuesta de Resolución, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se procede a la revisión de oficio de las Resoluciones de 10 de abril de 1989 y de 5 de noviembre de 1991 (EXP. 39/1993 RO)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

Al amparo de lo dispuesto en los arts. 10.6 de la Ley 13/86, de modificación de la 4/84, de 6 de julio, constitutiva de este Consejo, y 103.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se interesa el preceptivo parecer de este Consejo en relación con la Propuesta de Resolución de referencia, mediante la que se pretende "declarar la extinción *ex lege*, con efectos de 25 de abril de 1985, del contrato administrativo suscrito con fecha 1 de febrero de 1980, entre A.M.F. y la Consejería de Agricultura y Pesca, teniendo el presente acto efectos meramente declarativos y de constatación de la extinción contractual producida *ex lege* y ya declarada en la Orden de 6-IV-93 [así como] anular, por contrarias a Derecho, las Resoluciones de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Agricultura y Pesca de fecha 10 de abril de 1989 y 5 de noviembre de 1981".

### II

La en aparente simplicidad de la formulación de la Propuesta de Resolución no trasluce, sin embargo, la gran variedad y notoria complejidad de las cuestiones

---

\* **PONENTE:** Sr. Pérez Voituriez.

suscitadas y planteadas a lo largo del expediente administrativo de referencia, cuya causa remota se encuentra en el contrato administrativo suscrito el 1 de febrero de 1980 entre el Consejero de Pesca y A.M.F.; contrato cuya calificación jurídica, sumamente confusa a lo largo del *iter* del procedimiento, determinó la realización de actuaciones no conformes con la legalidad aplicable, determinándose de esta manera una concatenación sucesiva de actos jurídicos, viciados en mayor o menor medida al tener como origen un negocio jurídico de dudosa legalidad cuyos efectos, a lo largo del tiempo, se ha pretendido conservar para sustentar pretensiones de otra naturaleza, siendo así que en el interín se ha producido una innovación en la legislación reguladora de aspectos puntuales del estatuto de los servidores públicos, así como un pronunciamiento, Sentencia 344/85, de 18 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria, que aclara alguna de las cuestiones suscitadas en el origen del actual incidente de revisión que se propone, pero que, por otra parte, en alguno de sus extremos no fue debidamente valorado y justamente apreciado por las autoridades administrativas que en su día debieron proceder a la ejecución del fallo, el cual, como se verá, es más relevante por las cuestiones que dice de forma implícita o inducida, que por las que expresamente resuelve.

Como se tendrá ocasión de comprobar en Fundamentos siguientes, todas las actuaciones verificadas, tanto por el interesado como por la Administración autonómica, sea de carácter informativo o resolutorio, tienen por objeto, de una manera mediata o directa, la condición jurídica del vínculo que A.M.F. ostentaba con, inicialmente, la Junta de Canarias y, posteriormente, la Comunidad Autónoma. De esto se tendrá cumplida cuenta, de forma pormenorizada, seguidamente, pero sirva en este punto de cita anticipada a los efectos de concluir que la legislación aplicable es la contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo, y no en la Ley 30/92, pues de conformidad con lo anteriormente señalado, el procedimiento fue iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Sobre tal precedente, la enorme complejidad y la asimismo profusión de actuaciones contenidas en el expediente determina que, a los efectos de hechos constatados, nos remitamos al relato fáctico que de las actuaciones se contiene en el informe de los Servicios Jurídicos, de fecha 15 de junio del corriente año. No obstante ello, y de conformidad con lo inicialmente apuntado, se deberá en la medida de lo posible hacer referencia a cuestiones precisas y puntuales del

expediente, indispensables a los efectos de valorar en Derecho convenientemente su grado de corrección o incorrección y su posible reconducción a alguno de los supuestos legalmente previstos de anulación de actuaciones administrativas, bien por nulidad radical, bien por anulabilidad.

### III

1. Como quedó expresado anteriormente, A.M.F. y el Consejero de Agricultura de la Junta de Canarias suscribieron el 1 de febrero de 1980 contrato administrativo, en calidad de Licenciado en Ciencias Empresariales, para desempeñar funciones propias de asesor económico para realizar estudios, propuestas e informes. En primer lugar, debe descartarse la condición laboral de A.M.F., pese a que esa era la que tenía el contrato suscrito con el Cabildo Insular de Lanzarote antes de que éste acordara el pase de A.M.F. "en comisión de servicios" a la Junta de Canarias, quedando subrogada ésta automáticamente, de conformidad con el RD 1942/79; Decreto cuyo art. 5 dispone tal paso cuando se trate del "desempeño de funciones transferidas por las Corporaciones locales" o asumidas por el ente preautonómico, siendo personal vinculado a dichas Corporaciones por contratos sometidos al Derecho administrativo o al laboral, quedando, como se dijo, subrogado automáticamente el ente preautonómico. Siendo ello así, es lo cierto que el contrato suscrito por A.M.F. y la Junta de Canarias lo fue con carácter administrativo, como expresamente resulta del mismo, de forma que la subrogación automática expresada transmutó el contrato laboral inicial por otro administrativo que se calificó de indefinido. Lo relevante, a los efectos que ahora interesa, es que el contrato administrativo suscrito se perfiló con ciertas cláusulas cuya interpretación a lo largo del expediente, y en la propia resolución judicial que en el mismo obra, se decantó por permutar su naturaleza administrativa en otra de carácter típicamente estatutaria, determinante, en suma, como se anticipó, de toda la suerte de incidentes y actuaciones habidas desde aquella fecha, de las que el expediente incoado da buena muestra.

En efecto, del propio tenor del contrato suscrito y de la legislación aplicable al mismo (art. 6 del Decreto 315/64, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE), Decreto Ley 22/77, de 30 de marzo, de Reforma de la legislación sobre funcionarios públicos de la Administración civil del Estado y Decreto 1742/66, sobre contratación de personal por la Administración civil

del Estado), resulta evidente que el contrato de referencia se ubica en el art. 6 LFCE, que dispone la posibilidad de contratación de personal para la realización de estudios, proyectos, dictámenes y otras prestaciones, de carácter específico, concreto y extraordinario o urgente, o bien la colaboración temporal en las tareas de la respectiva dependencia administrativa, siendo así que la cláusula segunda del contrato dispone que las funciones a desempeñar por A.M.F. son "realizar estudios, propuestas e informes, así como tareas técnicas propias de su especialidad". Lo relevante en este punto es que tal forma de contratación es -según el Decreto 1742/66, de desarrollo del art. 6 de la LFCE- de carácter no permanente, siendo así que en la normativa citada se desprende el necesario carácter temporal de los contratos suscritos, que no pueden tener una duración mayor de un año, siendo improrrogables y no renovables (disposición adicional 2ª RDL citado); en cualquier caso, nunca de carácter indefinido, calificación jurídica contraria a Ley, por lo que partiendo del principio de temporalidad de esta forma de contratación, el mismo debiera darse por extinguido al año de su suscripción, lo que no se verificó según resulta de las actuaciones.

Lo que desde luego no amparaba el contrato de referencia, al margen de la cuestión de su duración temporal, es que A.M.F. se convirtiera en funcionario eventual, situación prevista en el art. 5 LFCE, precisamente para el desempeño de puestos de trabajo "no reservados a funcionarios de carrera". Puede que las funciones de "asesoramiento especial" que se atribuyen a tales "funcionarios eventuales" diera pie a considerar que el contrato citado, cuya cláusula segunda encomienda A.M.F. el desempeño de "las funciones propias de un asesor económico", se entendiera como uno de aquella condición; pero las cosas y los negocios jurídicos son según su naturaleza y no lo que la disponibilidad de las partes quieren que sean; cuestión ésta de notoria importancia al dar pie la indicada confusión a la incoación del expediente que ha culminado con la Propuesta de Resolución que se dictamina.

Tal y como se dijo anteriormente, la situación de A.M.F. tampoco puede ser calificada de laboral, al amparo de lo dispuesto en el RD 1942/79, citado expresamente en su contrato, que, recuérdese, disponía la subrogación de la Junta de Canarias en el contrato que A.M.F. tenía con el Cabildo Insular de Lanzarote; pues si se parte de que había subrogación, la misma existe a todos los efectos, incluso para la extinción del contrato, siendo así que el Cabildo Insular de Lanzarote, mediante escrito de 9/4/83, expresa que A.M.F. "no es ni ha sido nunca funcionario

de este Cabildo Insular y que con fecha 31/8/81 se extinguió su antigua relación laboral con esta Corporación". Es decir, si el contrato era administrativo, debiera extinguirse vencida su temporalidad, estuviera o no -que no lo está- prevista expresamente, salvo que se pretendiera imponer la cláusula quinta del contrato -duración indefinida- a la legislación de aplicación que exigía duración temporal para tal forma de contratación. Si se estimara que el contrato es la expresión, ciertamente irregular, de la subrogación del contrato laboral que tenía con el Cabildo Insular de Lanzarote, finalizada esta relación el 31/8/81, con esa fecha hubiera debido ser puesto fin, asimismo, al contrato de referencia.

Ahora bien, en el interín, 17/3/80, la Junta de Canarias nombró A.M.F. Director General de Pesca, cargo del que fue cesado el 16/11/81, sin que haya actuación alguna en relación a la situación en la que quedó el contrato suscrito. El 16/11/81 fue nombrado A.M.F. Delegado Fiscal en la isla de Lanzarote, cargo para el que se requería la condición de funcionario, que la ostentaba ciertamente, no en calidad de contratado administrativo -situación que no es homóloga a la de personal estatutario- sino porque A.M.F. era funcionario de la Consejería de Educación, en Lanzarote. Sí reunía, pues, A.M.F. la condición subjetiva para poder ser nombrado Delegado Fiscal, cuestión en la que en el expediente existen numerosas actuaciones, muchas de ellas contrarias a su nombramiento como tal al poner de manifiesto que para ser Delegado Fiscal había que ser funcionario, desconociéndose que A.M.F. lo era de la Junta de Canarias, en la Consejería de Educación.

Posteriormente, A.M.F. fue cesado como Delegado Fiscal (Decreto 384/83, de 26/9), prestando el Consejero de Hacienda, mediante Resolución de 7/10/83, conformidad a las propuestas formuladas por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda, elevadas en informe de 6/5/83, favorable al cese de A.M.F. como Delegado Fiscal, a la resolución unilateral del contrato de 1/2/80, de conformidad con el Decreto 1742/66 y, finalmente, a la revisión de oficio del nombramiento de A.M.F. como Delegado Fiscal, cuya relación jurídica con la Consejería de Hacienda se extinguió con su cese como Delegado Fiscal, siendo así que, según se desprende del informe de la Secretaría General Técnica indicada, en ese tiempo seguía aún vivo el contrato administrativo suscrito -pues se propone su resolución unilateral-, lo que acredita el escrito de 14/11/83, del Presidente del Gobierno, mediante el que informa a A.M.F. que su vinculación con la Comunidad

Autónoma es la de funcionario en servicio activo de la Consejería de Educación, "sin perjuicio de su relación contractual derivada del contrato administrativo de colaboración temporal de fecha 1/2/80", siendo así que con igual fecha el Presidente del Gobierno dispuso la remisión del expediente de A.M.F. a la Consejería de Agricultura a los efectos de iniciar el procedimiento "de declaración de nulidad de pleno derecho de la cláusula quinta del contrato administrativo suscrito con fecha 1 de febrero de 1980", procedimiento (art. 109 LPA) que no se concluyó, acordando mediante Orden de 16/4/84 la suspensión del abono de las retribuciones percibidas por A.M.F. en virtud del contrato suscrito el 1/2/80.

2. En este punto, A.M.F. conocía que su vinculación autonómica era con la Consejería de Educación y contractualmente con la de Agricultura, y en la medida que este contrato era nulo por cuanto se suscribió con carácter indefinido, mediante Orden de 16/4/84 del Consejero de Agricultura -en la misma fecha en la que se dispuso la suspensión del abono de las retribuciones percibidas por A.M.F. en virtud de aquel contrato- fue destinado "a la Sección Delegada de la Dirección General de Pesca de la Consejería de Agricultura y Pesca en Santa Cruz de Tenerife", reconociendo que el contrato citado seguía vivo hasta tanto se resolviera la nulidad de la cláusula quinta del mismo. Posteriormente A.M.F. recurrió tales actuaciones, reclamando, asimismo, derechos propios de lo que él entendía su condición de funcionario de la Consejería de Hacienda, en el entendimiento que el contrato de 1 de febrero de 1980 le atribuía tal calidad, sustanciándose proceso contencioso-administrativo en recursos acumulados 71, 86 y 178/85, relativos a la amortización de un anticipo sobre el sueldo de funcionario, el reconocimiento de la condición de funcionario con derecho a excedencia y, finalmente, la denegación de situación de compatibilidad. La Sentencia dictada, 344/85, no resuelve la cuestión nuclear cual es la naturaleza y alcance del contrato de 1/2/80, al que se califica expresamente de administrativo, pero respecto del que se limita a decir, de conformidad con lo pedido por A.M.F., que "está vigente", no teniendo en cuenta la manifiesta ilegalidad de la cláusula quinta del contrato, dando así relevancia a las actuaciones de A.M.F. y de la propia Administración, quienes partían de una consideración errónea del contrato o, en su caso, de una errónea vía para dejar sin efecto su condición de indefinido; de forma que siendo la citada cláusula manifiestamente ilegal, la Sala debió anularla, por ser contraria a Derecho. A ello no obsta que el art. 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuyo expediente fue iniciado, se refiera a la nulidad de actos de la Administración, condición que propiamente no posee el contrato

suscrito, aunque pueda entenderse que es un acto complejo, siendo así que la jurisprudencia más progresiva sostiene que para que pueda proceder tal declaración no es preciso que exista un acto administrativo, sino un acto de la Administración, acto que se expresa en el contrato suscrito. Ahora bien, siendo un contrato, y existiendo libre resolución del mismo conforme a la legislación aplicable, este perfil de la cuestión tampoco fue abordado por la Sentencia indicada, lo que hubiera dado lugar a la extinción del referido contrato sin más incidencia posterior que la notificación a A.M.F. de tal situación extintiva.

Claro que la propia Sentencia, pese a calificar el contrato de administrativo, otorga a A.M.F. a su amparo condición de funcionario cuando después de reconocer que no es funcionario de Hacienda y, consecuentemente, no tiene derecho a pasar a excedencia voluntaria, expresa que "el traslado de un funcionario con cambio de residencia sólo puede concebirse o bajo la cobertura de una disposición legal específica (...) o como sanción disciplinaria (...) ninguna de cuyas alternativas es la de autos, debiendo destacarse que las normas legales en este punto son aplicables a los funcionarios de empleo", argumentación que sirve para que la Sentencia haya declarado nula la Orden de 16 de abril de 1984, que dispuso el traslado del actor a Santa Cruz de Tenerife, así como -como ya se dijo- que el contrato de 1 de febrero de 1980 "está vigente".

Ahora bien, si A.M.F. no es funcionario de Hacienda, pues sólo lo es de la Consejería de Educación, y el contrato administrativo suscrito lo fue con la Consejería de Agricultura, contrato que no otorgaba a A.M.F. condición estatutaria alguna, mal se puede concluir que A.M.F. no podía ser trasladado dentro de la misma Consejería de Agricultura, a Santa Cruz de Tenerife, por oponerse a las normas que regulan los traslados de funcionarios. En relación con lo expresado, debe recordarse, admitiendo a efectos dialécticos la vigencia del contrato de 1/2/80, que tal contrato lo era de asesoramiento especial; que no indicaba lugar de desempeño de la asesoría y que el "traslado" lo fue dentro del mismo Departamento -aunque técnicamente no es un traslado-. Por ello, la Orden anulada fue correcta desde la perspectiva de un traslado del contratado al lugar donde la Consejería estimaba precisos sus servicios como asesor especial, con lo que o bien A.M.F. no aceptaba "el traslado", con lo que hubiera procedido la rescisión del contrato, o le interesaba seguir siendo asesor contratado y, consecuentemente, tenía que solicitar a la Consejería de Educación su

pase a la situación administrativa que le correspondiera conforme a la legislación de aplicación. Si A.M.F. tenía interés en seguir conservando una doble relación de servicios -funcionario de la Consejería de Educación y contratado de la Consejería de Agricultura- y la correspondiente doble retribución sería porque era de su interés, pero su interés no puede ir más allá de lo que permitan las normas, que no pueden ser interpretadas sólo en su exclusivo beneficio.

3. Una vez más, la errónea calificación del contrato de 1/2/80, determinó la prolongación de la situación al precisar la Sala que el contrato de referencia estaba "vigente". Ahora bien, admitiendo que estaba vigente el contrato, no cabe interpretar esa declaración de vigencia en el sentido de que el contrato era "indefinido", como por actuaciones posteriores parece expresar A.M.F., ni que, mucho menos, A.M.F., por el citado contrato, adquiere un nuevo vínculo estatutario, pues lo que quiere decir es que tal contrato -cuya legalidad no cuestiona el Tribunal- seguirá produciendo efectos -entre ellos, los económicos- mientras no "haya sido declarada nula por medio de una Resolución que cause estado [siendo preciso] agotar el correspondiente procedimiento administrativo de nulidad", procedimiento que fue iniciado y no concluido, descartando por ello el Tribunal la hipótesis de inaplicación de la cláusula quinta del contrato por ilegal. Lo que sí dice el Tribunal es que la percepción simultánea de retribuciones, de la Consejería de Pesca y la de Educación, supone violación de la Ley 20/82, de 9 de junio, sobre Incompatibilidad de funcionarios públicos, manifestando expresamente "la procedencia de aplicar, como hizo la Administración, el art. 2 de dicha Ley que prohíbe percibir más de un sueldo con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas, salvo que se obtenga la declaración de compatibilidad, que en el presente caso no se aportaba (...) procediendo, en definitiva, desestimar el recurso en cuanto a la aludida disposición y, consecuentemente, las pretensiones de que se le abonen los emolumentos dejados de percibir, con sus intereses legales", pronunciándose, sin embargo, favorablemente sobre la compatibilidad "entre las funciones públicas que desempeñaba el 29 de marzo de 1983", es decir, como funcionario de la Consejería de Educación y de la Consejería de Hacienda, en calidad de Delegado Fiscal.

En ejecución de la Sentencia, mediante Resolución de 10 de abril de 1989, se resolvió que A.M.F. se incorporara a la Consejería de Agricultura, "reanudando su relación contractual como contratado administrativo en prestación de servicios, así como que declare que no viene desempeñando A.M.F. ningún puesto o actividad en el



sector público delimitado por el art. 1 de la Ley 53/84", quedando a disposición de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Agricultura, expresando el interesado que en relación con la declaración de compatibilidad se le aplique la disposición transitoria 1ª.a) de la ley 53/84, o se le declare excedente en la plaza de la Consejería de Agricultura. En este punto, A.M.F. parte de lo que él entiende una doble condición de funcionario, pues la llamada que se hace a la situación de excedente al amparo de la disposición transitoria 1ª.a) de la Ley 53/84 acontece cuando "tratándose de funcionarios, a falta de opción en el plazo señalado, se entenderá que lo hacen por el puesto correspondiente al grupo superior, y si lo fueran del mismo, por el de mayor antigüedad" pasando a la situación de excedencia en los puestos que vinieran ocupando, debiéndose recordar, una vez más, que el contrato administrativo suscrito no otorgaba condición estatutaria, por lo que si bien ciertamente había incompatibilidad, funcional y económica, tal incompatibilidad no era entre dos puestos de funcionario, situación en la que procedería la aplicación de la disposición transitoria citada, por lo que la opción *ex lege* prevista para tal eventualidad -puesto de funcionario/plaza de contratado- concurre en caso de no haber opción expresa en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de la Ley 53/84, supuesto en que se entenderá tal opción efectuada por "el puesto dotado con mayor retribución económica".

En cualquier caso, y por lo que a los efectos que venimos considerando atañe, lo relevante es que se parte una vez más de considerar que A.M.F. tiene una doble condición estatutaria, cuando lo que posee es simplemente un doble vínculo, afectado, eso sí, por la legislación de incompatibilidades, cuestión ésta a la que atañe sustancialmente, como se verá, la Propuesta de Resolución sometida a consideración de este Consejo, Propuesta que propende la revisión de oficio de sendas Resoluciones por las que se daba efectos al indicado contrato administrativo incurso en causa de incompatibilidad. Debe precisarse en este punto, por cierto, que no consta en las actuaciones incidencia alguna relativa a lo dispuesto por la disposición transitoria 9ª de la Ley 2/87, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, en relación con la conversión automática, a la entrada en vigor de la Ley, del personal contratado administrativo que esté ocupando puestos de trabajo reservados a funcionarios de carrera en la relación de puestos de trabajo de la Administración en funcionarios interinos, situación en la que permanecerían hasta

que sea provista la plaza definitivamente o suprimida, pudiendo convocarse pruebas específicas de acceso a la Función Pública para aquellos que, habiendo superado pruebas selectivas, hayan adquirido la condición de contratado administrativo o de funcionario interino antes del 22 de agosto de 1984, por lo que, de conformidad con lo previsto, admitiéndose que el contrato administrativo de 1 de febrero de 1980 era válido, su conversión en relación estatutaria debería cumplimentar lo dispuesto en la Ley 2/87 citada, de la cual, por cierto, no queda constancia en las actuaciones.

Antes de pasar a analizar lo que propiamente constituye la Propuesta de Resolución, procede concluir esta primera parte del Dictamen, relativa al grado de legalidad del contrato de 1 de febrero de 1980, en el sentido de que el mismo se estima nulo de pleno Derecho, al amparo de lo dispuesto en el art. 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, interpretado en sentido ampliatorio de actuaciones administrativas que no son propiamente actos -pues es un contrato-; y de no estimarse la pretensión de nulidad con tal alcance, la misma debería entonces imputarse al acuerdo gubernativo habilitante del referido contrato. De esta situación de nulidad de pleno derecho ha quedado constancia en el propio expediente, pues el Presidente del Gobierno mediante Resolución de 14/11/83 dispuso el inicio del procedimiento previsto en el art. 109 de la Ley de Procedimiento en relación con la cláusula 5º del contrato de referencia. En relación con el mismo, debe tenerse en cuenta que la interpretación de la jurisprudencia de los supuestos contenidos en el art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo ha entendido que los supuestos allí contemplados, aunque deben ser interpretados de forma restrictiva, no deben excluir aquellos otros legalmente previstos en los que al incumplimiento de un determinado precepto legal se anuda la nulidad de pleno derecho de lo actuado; es decir, si existiera previsión normativa que declarara la nulidad de pleno derecho de una actuación -administrativa, en este caso-, tal infracción se debe entender contenida en los supuestos previstos en los arts. 47 y 109 LPA. Si conforme el art. 6.3 del Código Civil son nulos de pleno derecho los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas, siendo así que los contratos administrativos, conforme a su legislación específica, no pueden ser de carácter indefinido, sino de duración temporal, es claro que la cláusula 5º del contrato es nula de pleno derecho y, consecuentemente, se encuentra ínsita en el supuesto de revisión de oficio, por nulidad absoluta, contemplado en la Ley de Procedimiento Administrativo. O, si se quiere, debe imputarse tal nulidad absoluta al acuerdo que autorizó la contratación del indicado contrato.

En cualquier caso, siendo nulo de pleno derecho el contrato y/o el acuerdo que lo amparaba, habrá que estarse consecuentemente a los efectos que para tal tipo de nulidades se derivan, no pudiendo por ello consolidarse ningún tipo de situación jurídica, mucho menos en contradicción con el Derecho positivo vigente con posterioridad. Debe precisarse en relación con lo expresado que este pronunciamiento de nulidad absoluta no se opone a la Sentencia 344, citada, ni al Auto de 14 de septiembre de 1990, dictado en ejecución de Sentencia, pues ésta declaró la "vigencia" del contrato, mientras no concluyera el procedimiento de nulidad iniciado -que no fue concluido-, por lo que en su caso, concluido el indicado expediente, tal "vigencia" desaparece, con los efectos de la declaración que resulte, que al ser por nulidad de pleno derecho a ninguno ha de haber lugar.

En relación con el Auto, de fijación de la cantidad líquida a la que ascienden las retribuciones impagadas a A.M.F., el mismo, Fundamento IV, manifiesta expresamente que "cualquier otra incidencia posterior relacionada con reclamaciones de retribuciones o por incompatibilidades pertenecería a un nuevo recurso y no a esta ejecutoría". Es decir, la Sentencia no convirtió el contrato administrativo en contrato indefinido o de vínculo estatutario, pues lo único que hizo fue reconocer el *status* existente hasta tanto la Comunidad Autónoma adoptara alguna resolución en orden a la validez del contrato. Esa presunción de "vigencia" queda desarticulada desde el momento en que la Comunidad Autónoma inicia y concluye un procedimiento que culmina con la anulación del contrato; siendo esta anulación, como se ha expresado, absoluta, ningún efecto puede producir, tampoco el económico, con el límite del principio de proscripción del enriquecimiento injusto, enriquecimiento que en estos momentos es favorable a A.M.F., a quien se le liquidó determinada cantidad en concepto de retribuciones impagadas y que debe necesariamente devolver a partir del momento en que dejó de cumplir funciones en calidad de contratado. La aparente contradicción que existe entre la Sentencia de referencia (que, recuérdese, en su Fundamento Noveno manifestaba la desestimación del recurso interpuesto por A.M.F., en relación con la Resolución de 17 de abril de 1984, desestimando el recurso "en cuanto a la aludida disposición y, consecuentemente, las pretensiones de que se le abonen los emolumentos dejados de percibir, con sus intereses legales") y el Auto de ejecución (que liquidaba las cantidades devengadas por aquellos conceptos) sólo puede entenderse en el sentido de que como la presunción de "vigencia" del contrato

no fue destruida convenientemente por acto contrario de la Administración, a tal presunción deben asignársele los efectos económicos que procedan, sin perjuicio de que una vez concluido el correspondiente expediente A.M.F., que se ha visto enriquecido injustamente, deba proceder a su devolución, que es lo que expresamente se deduce del Auto de ejecución, al excluir de la ejecutoría "cualquier otra incidencia relacionada con reclamaciones de retribuciones o por incompatibilidades".

## IV

Llegados a este punto, la Comunidad Autónoma, al amparo de lo dispuesto en los arts. 47 y 109 LPA, puede anular de pleno derecho el contrato inicial, o, en su caso, el acuerdo autorizador del contrato y cuantas incidencias con soporte en el mismo hayan tenido lugar con posterioridad, sin que por el motivo alegado de nulidad se vea constreñida la actuación autonómica al plazo de cuatro años previsto en el art. 110 LPA.

1. En efecto, la Propuesta de Resolución parte no de la declaración de nulidad absoluta del contrato inicial, sino de su extinción por causa sobrevenida, concretamente, por razón de incompatibilidad de A.M.F., para simultanear ambas funciones y, consecuentemente, retribuciones. Debe recordarse que expresamente la Sentencia 344/85 declara correcta la Orden de 16 de abril de 1984, por la que se suspendió el abono de las retribuciones dimanantes del contrato de 1/2/80, al entender correctamente aplicado al supuesto de referencia el art. 2 de la Ley 20/82, de 9 de junio, de Incompatibilidades en el sector público, según el cual "no se podrá percibir más de un sueldo con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas (...) salvo autorización expresa por Ley o que los servicios se presten en régimen de jornada reducida", que no era el caso, lo que motivó que la Sala concluyera con la improcedencia de percibir ambas retribuciones "salvo que se obtenga la declaración de compatibilidad, que en el presente caso no se aportaba". Este pronunciamiento, que figura en la Sentencia, coherente por lo demás con la suspensión de retribuciones acordada en su día, y conforme con el art. 7 de la Ley 20/82, que dispone la ejecutividad de la incompatibilidad en que se ha incurrido, determinó sucesivos requerimientos A.M.F., para que aportara cumplimentado el impreso oportuno en orden a compatibilizar, si fuera posible, su situación, lo que no hizo, constando sólo su manifestación en la comparecencia efectuada el 18 de mayo

de 1989, ante el Secretario General Técnico de la Consejería de Agricultura y Pesca, en la que solicitó se le aplicara, de forma incorrecta como se vio, la disposición transitoria 1ª.a) de la Ley 53/84, de Incompatibilidades.

Es decir, desde la entrada en vigor de la Ley 20/82, A.M.F. era incompatible por lo que atañía al ejercicio de sus funciones como docente y como contratado administrativo; y siguió siendo incompatible tras la entrada en vigor de la Ley 53/84. Por ello, y con independencia en este punto de la legalidad o ilegalidad del contrato inicial y de su vigencia o no vigencia, es nula la Resolución del Secretario General Técnico de la Consejería de Agricultura, de 10 de abril de 1989, de emplazamiento de A.M.F. para su reincorporación a tal Consejería y de pronunciamiento sobre su situación de compatibilidad, quedando "a disposición de esta Secretaría General", así como la de 5 de noviembre de 1991, por la que se cesó a A.M.F. con efectos económicos de 18 de mayo de 1989, sobre la base de que habiendo entrado en vigor la nueva Ley de incompatibilidades, operaba *ex lege* la declaración de incompatibilidad de A.M.F. si en el plazo de tres meses no optara por el puesto que hubiera elegido o, como hizo él, optara por la aplicación de un supuesto erróneo. Lo relevante en este caso es que, a diferencia de la Ley 20/82, no se precisa la incoación de expediente de incompatibilidad en relación con las situaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 53/84, pues para las mismas el Derecho transitorio de esta Ley dispone una serie de cautelas indisponibles tanto por los interesados como por la Administración en orden a que en un determinado período de tiempo queden convenientemente adaptadas a la nueva situación, por lo que hubiera o no hubiera comparecido A.M.F. hubiera o no hubiera optado por uno u otro puesto, la Ley 53/84 contenía las disposiciones de Derecho imperativo necesarias para subvenir la ausencia de manifestación, la falta de opción, o el error en la elegida.

Es decir, que con independencia de la naturaleza y eficacia del contrato suscrito el 1/2/80, había causa sobrevenida relativa a materia de incompatibilidades -Leyes 20/82 y, fundamentalmente, 53/84- que alteraban sustancialmente el régimen funcional y retributivo del contrato indicado, cuya permanencia no puede ser esgrimida por A.M.F. ni más allá del exacto tenor de la Sentencia 344/85, ni en contra de las nuevas ordenaciones aprobadas afectantes de su situación retributiva, como la de incompatibilidades; pues una cosa es que A.M.F. tenga derecho a la vigencia de su contrato y otra muy distinta es que su contrato quede inmune frente a la soberanía

del Legislador, consagrando de esta manera al amparo de una resolución judicial erróneamente interpretada, una situación de privilegio constitucionalmente insostenible, legalmente inaceptable y, al margen de tales consideraciones, contraria al más elemental principio de equidad. Por ello, la Propuesta de Resolución que se dictamina pretende extinguir dentro del límite temporal legalmente previsto (cuatro años) los efectos económicos devengados por A.M.F. al momento en que la nueva ordenación en materia de incompatibilidades le afectara *ex lege*, y no con efectos de la fecha en que habiendo comparecido ejercitó la opción prevista en la Ley 53/84. Desde la perspectiva analizada, es indudable que desde la entrada en vigor de la indicada Ley debió producirse la extinción automática del contrato suscrito el 1 de febrero de 1980, siendo, pues, correcta la declaración contenida en la Propuesta de Resolución conforme a la cual la misma sólo constata una situación producida *ex lege* tiempo atrás. En coherencia con tal situación, concurre causa para anular las Resoluciones de referencia, cuyo contenido quedó explicitado anteriormente.

2. Concluido lo anterior, debe precisarse que la extinción que se propone en la Propuesta de Resolución se anuda a la entrada en vigor de la Ley de Incompatibilidades 53/84, alcanzando aquellas Resoluciones que dispusieron *contra legem*, y que se encuentran comprendidas dentro del plazo de cuatro años que para tal revisión se dispone en la legislación de aplicación. Ahora bien, no puede olvidarse que antes de la fecha que se pretende de extinción contractual -25 de abril de 1985- A.M.F. era asimismo incompatible conforme a la legalidad anterior, lo que motivó, recuérdese, la suspensión del abono de las retribuciones percibidas por el contrato administrativo de 1 de febrero de 1980, lo que se acordó por Orden de 164/84, Orden que fue declarada expresamente válida en la Sentencia 344/85; actuaciones que devienen consecuentemente válidas, por lo que, aunque formalmente no haya que revisar actos verificados en tal fecha y posteriores inmediatas, se debería, si se hubiera abonado cantidad alguna correspondiente a fechas anteriores a 25 de abril de 1985, proceder a su reintegro al Tesoro de la Comunidad.

Finalmente, no está de más recordar que la vigencia del contrato de 1 de febrero de 1980 quedó supeditada por la Sentencia 344/85 a que concluyera el correspondiente proceso de nulidad de la cláusula quinta del contrato. Independientemente de tal proceso, se ha visto que concurrió causa legal sobrevenida que daba lugar a la extinción del contrato con efectos de 25 de abril de 1985. Siendo esto correcto, incidente por otra parte no previsto ni abordado por la

Sentencia y que en la ejecutoría quedó pospuesto para recursos posteriores, no es posible olvidar que se cuestionó en su día y quedó pendiente en el correspondiente expediente la nulidad absoluta de la cláusula quinta del contrato, sin la cual, como resulta notorio, no hubiera acontecido ninguna de las circunstancias que devinieron posteriormente de las que han quedado constancia en las actuaciones. Por ello, y sin perjuicio de la promoción del correspondiente expediente de revisión de oficio, favorablemente dictaminado, debiera, al hilo del pronunciamiento jurisdiccional señalado, concluirse asimismo el correspondiente expediente de nulidad absoluta de la cláusula quinta del contrato de 1 de febrero de 1980 y/o del acuerdo de autorización del mismo, con los efectos que procedan, de forma que la declaración de nulidad enervaría los efectos jurídicos desde la fecha del contrato -1 de febrero de 1980- hasta la entrada en vigor de la nueva legislación de incompatibilidades -Ley 53/84-, a partir de la cual sería ya, si se quiere a mayor abundamiento, de aplicación la manifiesta situación de incompatible como causa de extinción contractual, pues, obviamente, no pueden compatibilizarse dos situaciones, una de las cuales es nula de pleno derecho.

## C O N C L U S I O N E S

1. La Propuesta de Resolución analizada, de revisión de oficio de las Resoluciones de la Secretaría General Técnica, de 10 de abril de 1989 y 5 de noviembre de 1991, es adecuada a Derecho, toda vez que el interesado en el expediente de referencia no puede consolidar derecho alguno en contra de lo que dispone la legislación en materia de incompatibilidades; legislación que determinó la extinción contractual *ex lege* que sostenía con la Comunidad Autónoma de Canarias, prolongada indebidamente por las Resoluciones de referencia que, ahora, correctamente, se pretenden revisar.

2. No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, este Consejo estima que del expediente analizado resultan indicios suficientes para concluir que el contrato suscrito entre el Consejero de Transportes y Pesca y el interesado, de 1 de febrero de 1980, es nulo de pleno derecho. Consecuentemente, debiera incoarse expediente separado de nulidad contractual, con el alcance indicado, con los efectos que en Derecho correspondan, cumpliéndose los trámites legalmente previstos,

particularmente el de audiencia al interesado, debiéndose significar al respecto que en las actuaciones remitidas consta el inicio del incidente de nulidad de la cláusula quinta de aquel contrato, aunque no la conclusión, que es lo que, en su caso, debe abordarse en estos momentos.