



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 9 / 2 0 0 2

La Laguna, a 21 de mayo de 2002.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Cultura y Deportes en relación con la *revisión de oficio de la consolidación de puesto de trabajo docente, nivel correspondiente y efectos económicos, por silencio administrativo, a beneficio de M.L.B.T. (EXP. 67/2002 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 30 de abril de 2002, el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Cultura y Deportes solicita, al amparo de lo dispuesto en los arts. 10.7 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo, y 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Dictamen preceptivo respecto a la Propuesta de Resolución culminatoria del expediente de revisión de oficio del acto presunto por el que M.L.B.T. consolidó el puesto de pedagoga, del grupo A y nivel 24, del Equipo de Atención Educativa a personas ciegas y deficientes visuales.

Con carácter general, en el procedimiento revisor tramitado se han seguido los trámites que la Ley 30/1992 dispone para los procedimientos de revisión y, por extensión, para los procedimientos administrativos. Los interesados directamente en el expediente de revisión de referencia comparecieron en las actuaciones, alegaron lo que estimaron oportuno y fueron llamados al trámite de audiencia (art. 84 LRJAP-PAC).

2. Los hechos en que se fundamenta la revisión instada son los siguientes:

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

En su momento, la interesada -funcionaria del Cuerpo de maestros, grupo B, con destino definitivo en el I.E.S. (...) de Santa Cruz de Tenerife- obtuvo desde el curso 92/93 comisión de servicios, renovada curso tras curso, mediante procedimiento convocado al efecto, en el Programa de apoyo a deficientes auditivos y visuales. En 1995 -tras la firma de un Convenio entre la O. y la Consejería-, solicita la consolidación del puesto de pedagoga que venía desempeñando hasta esa fecha, petición que fue desestimada por silencio. El recurso ordinario interpuesto contra la desestimación presunta fue desestimado por silencio, acto presunto contra el que interpuso en 1997 recurso contencioso administrativo. Mediante Sentencia 95, de 25 de enero de 2000, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias considera que la interesada adquiere lo pretendido por silencio positivo.

Mediante Auto de 31 de mayo de 2001, en trámite de ejecución de sentencia, la Sala acordó requerir a la Consejería de Educación para la ejecución íntegra del fallo, "sin perjuicio de la revisión de oficio" del acto obtenido por silencio y declarado consolidado por el mencionado fallo. Acto que es el que ahora se pretende revisar.

II

No se trata de privar de efectos a una sentencia judicial que dejó imprejuzgada la cuestión de fondo, es decir, el derecho -conforme a la ley- de la interesada a ocupar un puesto de trabajo con determinadas condiciones. El mencionado pronunciamiento judicial se atuvo exclusivamente a considerar si la petición de la interesada -negativamente resuelta por acto presunto- debía ser estimada positivamente por silencio.

Del tenor de la fundamentación de la Sentencia, no puede entenderse que el TSJC haya emitido un pronunciamiento de fondo sobre si en el interesado concurrían o no, de acuerdo con la normativa reguladora de la Función Pública de aplicación, las condiciones para la adquisición de lo solicitado. El Tribunal se ha limitado a apreciar la producción del silencio positivo, dejando a salvo, en su caso, la iniciación de un procedimiento de revisión de oficio.

En otros términos, la resolución judicial se limita a dar amparo a la pretensión de la afectada en base a dicho silencio, observándose en la motivación del Auto posterior la posibilidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio.

La sentencia judicial del TSJC no acoge, por tanto, la tesis según la cual el silencio positivo sufre al acto expreso, pero sólo dentro de los límites autorizados por la Ley, para lo que no es preciso entrar a conocer sobre la cuestión de fondo, sino que se sitúa en la postura de aceptar el silencio positivo.

En suma, la sentencia del TSJC declara el efecto estimatorio del silencio sin otro requisito que el transcurso del plazo, cualquiera que fuesen las circunstancias de fondo o los requisitos previos, en virtud de una aprobación automática y formal, permitiendo que frente a cualquier otro vicio pueda la Administración promover la revisión de oficio de lo alcanzado por silencio positivo, sin que por lo expuesto se altere el contenido y el acatamiento de las resoluciones judiciales.

Por ello, no existe obstáculo derivado del pronunciamiento judicial, como así lo aprecia la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento remitido a este Consejo, para que se inicie un procedimiento de revisión de oficio del mencionado acto que ejecuta la Sentencia que estima, por silencio positivo, el reconocimiento de lo obtenido por la interesada.

III

La Propuesta de Resolución considera que el acto presunto que se pretende revisar es nulo de pleno derecho por cuanto por el mismo la interesada adquirió de forma contraria al Ordenamiento jurídico "facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición" [art. 62.1.f) LRJAP-PAC]. Adquisición que en este caso alcanza a la propiedad de una plaza de pedagoga y a las retribuciones correspondientes, siendo así que tal adquisición era contraria a Derecho; particularmente, a las normas que regulan las comisiones de servicio educativas. Estas comisiones fueron reguladas en su día por la Orden de 16 de mayo de 1986, sucedida por la Orden de 18 de mayo de 1998.

En ambas Órdenes se contemplan los mismos supuestos de comisiones de servicio: por razones de funcionamiento de los centros públicos, en atención al servicio y en atención a situaciones personales especiales (arts. 2 y 3 respectivamente). La Orden de 1998 es, sin embargo, más completa, no sólo porque contempla la llamada comisión de servicios de carácter forzoso por insuficiencia de horario (art. 5), sino porque también detalla de manera expresa el régimen de desempeño de las comisiones (art. 8). Particularmente, a los comisionados se les

reservará su puesto de origen (art. 8.1); percibirán las retribuciones correspondientes a su puesto de origen, a excepción de la comisión contemplada en el art. 3.2.d) (art. 8.2, "puestos reservados a funcionarios docentes en la relación de puestos de trabajo de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes que no haya sido cubiertos con carácter definitivo"), que será la correspondiente a los citados puestos. La retribución correspondiente a su puesto de origen lo será "sin perjuicio del derecho a percibir haberes por otros conceptos retributivos, en su caso" (art. 8.3).

Se trata, pues, de una singularidad del régimen de comisión de servicios que encuentra su fundamento en la propia Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, cuyo art. 2.2 permite la aprobación de "normas específicas" para el personal docente. De hecho, en el régimen general de la comisión de servicios, art. 28.7 del Decreto 49/1998, de 17 de abril, de Provisión de Puestos de Trabajo, los funcionarios comisionados "percibirán la totalidad de sus retribuciones con cargo a los créditos incluidos en los programas en que figuren dotados los puestos de trabajo que realmente desempeñen"; que es también lo que dice el art. 64.6 del Reglamento de Ingreso, Promoción y Provisión de puestos de trabajo, aprobado por R.D. 364/1995, de 10 de marzo.

La propia LMRFP reconoce también, con carácter básico, la singularidad del personal docente y la posibilidad de que se dote a ese personal de normas específicas (art. 1.2). Más aún, la Disposición Adicional Decimoquinta de la LMRFP declara de no aplicación al personal docente determinados preceptos de la Ley.

La singularidad normativa para el personal docente ha tenido también acomodo por lo que respecta a las comisiones de servicio. Inicialmente, las Órdenes Ministeriales de 27 de junio de 1978, 14 de febrero de 1980 y 31 de octubre de 1980, sucedidas tras las transferencias a la Comunidad Autónoma por la Orden de 16 de mayo de 1986, vigente hasta el 12 de junio de 1998 (Disposición Derogatoria de la Orden de 19 de mayo de 1998). En ninguna de ellas se hacía referencia expresa al régimen jurídico-económico del comisionado. En el entonces vigente Reglamento de Situaciones Administrativas -aprobado por R.D. 730/1986, de 11 de abril- se disponía que el comisionado percibiera las retribuciones del puesto que desempeña, salvo que se trate de la realización de tareas especiales o tareas de apoyo [arts. 4.2.b) y c) y 3], **sin perjuicio de las indemnizaciones y dietas a que tengan derecho**. Como se ha dicho, posteriormente la Orden de 1998 introduce la regla -salvo una excepción no

aplicable al caso- de que el comisionado percibe las retribuciones de su puesto de origen.

En la Propuesta no se hace consideración alguna respecto de esta cuestión de sucesión normativa, aunque se expresan las singularidades de la Administración educativa como la inexistencia de relaciones de puestos de trabajo y el desdoblamiento entre plantilla orgánica (plazas reservadas a funcionarios de carrera para su cobertura con carácter definitivo por especialidades y centros docentes) y plantilla de funcionamiento (que incluye la relación total de plazas docentes por centros y especialidades que se encuentren o resulten vacantes para cada curso escolar).

Lo relevante es que el comisionado no adquiere la propiedad del puesto que ocupa transitoriamente por comisión, que, en este caso, es por curso académico. Es más, el comisionado tiene reserva de su plaza de origen. Si el comisionado desea obtener la propiedad del puesto que ocupa en comisión debe acudir al correspondiente procedimiento de provisión. En este caso, la interesada es miembro del Cuerpo de Maestros con destino definitivo en el I.E.S. (...) y desde el curso 1992/1993 ha estado comisionada en el Programa de Apoyo a invidentes en el C.E.E. (...) . Lo pedido por la interesada y reconocido por silencio en los términos de la Sentencia citada es que la misma "venía desempeñando las funciones de pedagoga", funciones propias de un Cuerpo distinto -de Profesores de Enseñanza Secundaria- que corresponden al Grupo A, siendo así que los pertenecientes al Cuerpo de Maestros se clasifican en el Grupo B. El silencio lo que ha hecho es que, al amparo de su ejercicio funcional, la interesada ha pasado de un Cuerpo y Grupo concretos a otros distintos, al margen de los procedimientos legalmente habilitados para ello (Disposiciones Adicionales Novena, Décima.1 y Decimosexta de la LOGSE). Es decir, sin pasar las pruebas oportunamente convocadas.

IV

Como se expresa en los anteriores Fundamentos, se pretende la revisión de oficio de la consolidación del puesto de trabajo docente, Pedagoga en el Equipo de Atención Educativa a Deficientes Visuales de S/C de Tenerife, nivel 24 y efectos económicos correspondientes, obtenido por silencio administrativo por M.L.B.T., en virtud de Sentencia del TSJC, de fecha 25 de enero de 2000, funcionaria, ésta de

carrera docente del Cuerpo de Maestros, con destino definitivo, 1 de septiembre de 2000, en el IES (...) de S/C de Tenerife, especialidad Pedagogía Terapéutica, por adjudicación definitiva de destino, al haber participado en la provisión de plazas entre funcionarios del Cuerpo de Maestros (Ord. 1-XII-1999).

La citada maestra estuvo en Comisión de Servicios en Programas de Apoyo, renovando dicha Comisión de Servicios curso a curso. Así, en el curso 1992-1993, obtiene destino en el Programa de Apoyo a Invidentes, en régimen de Comisión de Servicios.

A partir del curso 93/94, obtiene sucesivas prórrogas de la Comisión de Servicios en el Programa de Apoyo a Invidentes, previa participación anual para cubrir plazas en régimen de Comisión de Servicios.

En la referida Sentencia del TSJCA, se estima la pretensión de la actora y se le reconoce que ha consolidado el puesto de pedagoga, con su nivel y efectos económicos desde la fecha a que se alude en el fallo.

En ejecución de Sentencia se abonan a la actora los atrasos correspondientes al Grupo A, con efectos retroactivos de octubre de 1994, y desde el mes de junio del 2000 percibe retribuciones como Grupo A, nivel 24, si bien por Auto Judicial de fecha 31 de mayo de 2001, la Sala de lo Contencioso Administrativo, requiere a la Consejería competente la ejecución inmediata del fallo, de 25 de enero de 2000, al considerar que la recurrente ha adquirido en propiedad la plaza de pedagoga, desde el curso 1995-96, *"sin perjuicio de la revisión de oficio que puede instar la Administración"*.

La revisión de oficio se dirige contra la adquisición de la plaza en propiedad y el reconocimiento del nivel 24, al amparo de la letra f) del art. 62 de la Ley 30/1992.

Este Consejo comparte el criterio de la PR, de la procedencia de la revisión de oficio, ya que el desempeño de una Comisión de Servicios nunca puede convertirse en el desempeño de un puesto de trabajo con carácter definitivo, ya que ello sería nulo de pleno derecho por vulneración de las normas de la función pública.

Por cuanto la Comisión de Servicio es una modalidad de servicio activo, en que un funcionario público, con reserva de su puesto de trabajo, desempeña una actividad con carácter temporal.

La adquisición en propiedad de la plaza de pedagoga por la afectada, vulnera el art. 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, así como la LO 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, en cuya Disposición Adicional Décima, apartado 1, distingue el Cuerpo de Maestros del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, Grupos B y A, respectivamente.

También infringe la D.A. Novena y Undécima, 2 de la LOGSE, que exige para el ingreso en la Función Pública Docente el haber superado el correspondiente proceso selectivo. Teniéndose en cuenta que el acceso al Grupo A, de la interesada, sólo puede tener lugar mediante ingreso, por el turno libre o por el procedimiento establecido en la Disposición Adicional Decimosexta, 2 de la LOGSE, es decir, o superando las pruebas selectivas de ingreso en el Cuerpo o a través del sistema de promoción interna, siempre que reúna la titulación requerida y haya permanecido en su Cuerpo de origen el plazo exigido legalmente, nunca a través de una Comisión de Servicios. Y una vez en el Cuerpo, para acceder a un destino definitivo, dentro de un grupo de clasificación debe producirse a través del correspondiente Concurso de Traslados (D. Ad. Novena de la LOGSE).

En relación con lo anterior, se conculcan además los arts. 23 y 24 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, al percibir la afectada retribuciones distintas a la del Cuerpo al que pertenece (A) en lugar de (B). El nivel 24, se corresponde con el Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, Grupo A, mientras que la afectada, por el contrario, pertenece al Grupo B.

Por todo lo expuesto, procede estimar conforme a Derecho la revisión de oficio incoada al considerar nula de pleno derecho la adquisición de la plaza de pedagoga de la afectada con nivel 24, adquirida por silencio positivo, por las razones que se expresan en la fundamentación de la PR y que este Consejo asume íntegramente.

C O N C L U S I Ó N

Procede dictaminar favorablemente la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio instruido por nulidad de pleno derecho de la consolidación por silencio administrativo del puesto de trabajo docente, pedagoga, nivel 24, de M.L.B.T., por ser dicha revisión conforme a Derecho.