



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 2 0 / 2 0 0 3

(Sección 1ª)

La Laguna, a 10 de julio del 2003.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Empleo y Asuntos Sociales, en funciones, en relación con la *revisión de oficio de la certificación de acto presunto dictada ante la solicitud presentada por C.D.F. de reconocimiento de grado personal (EXP. 125/2003 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Por escrito de fecha 5 de junio de 2003, el Excmo. Sr. Consejero de Empleo y Asuntos Sociales, en funciones, titular del Departamento homónimo de la Administración de la Comunidad Autónoma (CAC), del que depende el Instituto Canario de Formación y Empleo (ICFEM), recaba preceptivamente Dictamen de este Organismo, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 102.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) y 11.1.D.b) de la Ley del Consejo Consultivo (LCCC), en relación con la "Propuesta de declaración de nulidad del Acto administrativo consistente en una Certificación de Acto presunto, por la que se considera estimada la petición de reconocimiento de grado, nivel 22, formulada por la funcionaria, transferida del Estado, C.D.F.", por considerarse que tal Acto incurre en la causa de nulidad de pleno Derecho prevista en el artículo 62.1.f) LRJAP-PAC, según se aduce en la referida Propuesta que efectúa el Director del mencionado ICFEM.

Procede señalar que es preceptiva la solicitud de Dictamen previo, siendo su objeto formal la Propuesta de Resolución del correspondiente procedimiento de revisión de oficio, cuando, a través de éste, se pretenda la declaración de nulidad de

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

un Acto administrativo, particularmente cuando fuere declarativo de derechos de particulares, habiendo cerrado dicho Acto la vía administrativa o no habiendo sido recurrido en plazo, de acuerdo con lo regulado en los preceptos citados en la solicitud del Dictamen, en los supuestos previstos en el artículo 62.1 LRJAP-PAC.

Por otro lado, según dispone el articulado 12.3 LCCC, está legitimado para recabar el Dictamen el Consejero competente para resolver el procedimiento de que se trate, aquí de revisión de oficio, decidiendo sobre la declaración de nulidad propuesta o, en todo caso, cuando la Resolución corresponda efectuarla al Departamento del que es titular.

Ha de advertirse asimismo que, como expresamente señala el mencionado artículo 102.1 LRJAP-PAC, la declaración propuesta sólo puede decidirse por el órgano resolutorio, cualquiera que fuese la forma de iniciarse la revisión -por iniciativa propia, como aquí sucede, o por solicitud de interesado- cuando el Dictamen sea favorable a la misma; es decir, cuando este Organismo considere que la Propuesta resolutoria que la contiene es conforme a Derecho, incurriendo efectivamente el Acto afectado en la causa de nulidad que cita tal Propuesta para fundamentar su resuelvo.

2. El procedimiento que nos ocupa se refiere ciertamente de la producción de un Acto presunto declarativo de derechos: el reconocimiento de grado personal, correspondiente al nivel 22, a la funcionaria C.D.F., que es la interesada por tanto en dicho procedimiento, la cual prestó servicios en el ICFEM tras ser transferida desde la Administración del Estado (Real Decreto 150/1999), perteneciendo hasta entonces al Cuerpo General Administrativo de dicha Administración, con destino en el Instituto Nacional de Empleo (INEM), y ocupando el puesto de Directora de la Oficina de Gáldar, con nivel 22, con carácter definitivo.

Posteriormente, y tras su integración en la Administración de la C.A.C., por Resolución de 13 de agosto de 2001, dictada por la Consejería de Presidencia e Innovación Tecnológica, accede por promoción interna la funcionaria interesada al Cuerpo de Gestión, Escala de Gestión General, integrada en el Grupo funcional B. Teniendo los puestos de trabajo a ocupar por estos funcionarios de la Administración autonómica intervalos de niveles de complemento de destino entre 22 y 26, le fue adjudicado un puesto de Técnico de Gestión por Resolución de 19 de septiembre de 2001, de la Dirección General de la Función Pública, en la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales.

Tras diversas vicisitudes en su situación funcional, siempre en el ámbito de funcionamiento de la Consejería antes mencionada y dentro del Cuerpo de Gestión, pasa a prestar servicios como Directora de una Oficina del ICFEM, hasta que el 5 de agosto de 2002 cesa en este puesto al acceder a otro de la Consejería de Turismo y Transportes, según Orden de la Consejería de Presidencia e Innovación Tecnológica de 1 de agosto de 2002.

Con estos presupuestos, la interesada solicitó en su momento el reconocimiento del grado 22 a la Secretaría General del ICFEM, como órgano competente en la materia, y, ante la falta de resolución al respecto y considerando desestimada su solicitud, interpuso el correspondiente recurso de alzada que, asimismo, no fue resuelto por la Dirección del ICFEM; razón por la que la funcionaria afectada, siendo estimatorio el efecto del silencio administrativo, interesó de la Secretaría General del ICFEM la emisión de certificación del Acto presunto por el que se dispone el reconocimiento solicitado.

El 23 de septiembre de 2000 fue emitida la certificación antedicha, que incluye el reconocimiento a la funcionaria solicitante del grado en cuestión desde la fecha por ella indicada. Este reconocimiento fue remitido a los efectos oportunos a la Dirección General de la Función Pública que, habiéndolo informado siempre desfavorablemente, al entenderlo improcedente por no ser aplicables los fundamentos alegados por la interesada, y aun reconociendo la producción del efecto estimatorio antes expuesto, se niega a efectuar la inscripción correspondiente en el Registro de Personal y demanda que se revise el referido Acto al considerarlo nulo.

Recibida la postura de la Dirección General de la Función Pública en el ICFEM, su Director, sin opinión conocida de la Secretaría General y por Resolución de 4 de diciembre de 2002, ordena iniciar el procedimiento de revisión para declarar la nulidad del Acto presunto que trae causa, siendo aplicables al caso, con la finalidad buscada, el artículo 102.1 LRJAP-PAC en relación con el artículo 62.1.f) de dicha Ley.

Notificada la Resolución precedente a la interesada, ésta reitera sus alegaciones sobre la procedencia del reconocimiento solicitado, y obtenido por silencio administrativo y ulterior admisión de la Administración competente de tal obtención, pero las acompaña, en refuerzo de los fundamentos expresados, de la Sentencia 180, de 4 de octubre de 2002, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, que

entiende es favorable a sus pretensiones al pronunciarse en la línea por ella mantenida en un caso similar.

No obstante ello, sin más trámite el Director del ICFEM formula el 12 de febrero de 2003 una Propuesta de Resolución confirmatoria de la Resolución de inicio del procedimiento, reproduciendo sus Fundamentos esenciales, aunque añade que las alegaciones de la interesada podrían obviarse al presentarse fuera del plazo de diez días concedidos al efecto. En consecuencia, declara nulo el reconocimiento, si bien hace referencia no exactamente a éste, sino al Acto de expedición de Certificación de Acto presunto y por el que se produce dicho reconocimiento, añadiendo que, emitido el preceptivo Dictamen, se emitirá la pertinente Resolución.

Además, en la misma fecha y por el propio Director del ICFEM, se dictó una Resolución por la que, considerando en ese momento que el procedimiento iniciado no podría culminarse en el plazo de tres meses legalmente fijado para ello, se amplía en otros tres meses dicho plazo con fundamento en lo previsto en el artículo 42.5.c) LRJAP-PAC, aunque la ampliación no se mencione en el resuelto de la Resolución, sino en sus Antecedentes, citándose también el artículo 42.6 de dicha Ley para negar la posibilidad de recurso contra la Resolución que la acuerda.

II

A la vista de la tramitación del procedimiento revisor efectuada, han de hacerse las siguientes observaciones de carácter formal.

1. A partir de la entrada en vigor de la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, ambas reguladoras del RJAP-PAC, la ordenación del silencio administrativo ha cambiado sustancialmente respecto al previsto en la Ley inicial, particularmente cuando el procedimiento del que se trate se hubiese iniciado a instancia de interesado (artículo 43).

Así, producido el silencio por no resolverse y notificarse en plazo y mediante el procedimiento legalmente adecuado sobre la solicitud presentada por el interesado, ello legitima a éste para entender aquélla estimada o desestimada, según proceda en cada caso, aunque la Administración debe dictar Resolución en la forma prevista en el propio precepto. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de Acto administrativo finalizado del procedimiento. Por eso, los Actos presuntos, producidos por silencio, se podrán hacer valer ante la

Administración o ante toda persona física o jurídica, pública o privada, y surten efectos desde el vencimiento del antedicho plazo, pudiendo acreditarse su existencia por cualquier medio admitido en Derecho, incluido el certificado del silencio producido solicitado al órgano competente para resolver.

Pues bien, la interesada puede considerar estimada por silencio su solicitud en todos los casos, salvo que una norma con rango legal o de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, o bien, cuando el solicitante adquiriera por la estimación facultades relativas al dominio público o al servicio público, en particular. Pero, aun admitiendo forzosamente que este fuese el caso de la solicitud de reconocimiento de grado, pues de lo contrario el silencio frente a la misma no hubiera podido considerarse desestimatorio sin necesidad de recurso de alzada, lo cierto es que, cuando tal recurso se interpusiera contra la desestimación por silencio de una solicitud y no se resolviera tampoco en el plazo legalmente previsto para ello, el silencio sería entonces estimatorio.

Por tanto, la interesada pudo solicitar que se certificara el silencio producido como prueba del Acto presunto con efecto favorable, permitiéndole hacerlo valer frente a la Administración autonómica y no solo el INEM. Sin embargo, a la luz de los términos de la certificación emitida por la Secretaría General del ICFEM, resulta que ésta no confirma, como legalmente debiera, el silencio producido, aunque pueda deducirse de ellos que acredita la existencia del Acto presunto, reconociendo explícitamente el órgano competente en la materia de la Administración actuante que la interesada tiene, con efectos desde la fecha en que debió resolver, el grado 22 a partir del 23 de septiembre de 2002.

En definitiva, el Acto sometido a revisión que se propone la Administración declarar nulo es exclusivamente aquel presunto, con efecto estimatorio por silencio administrativo, por el que se reconoce a la interesada el grado 22, pero no la certificación del mismo o del silencio producido, siendo aquélla debida y éste indudable, ni, por ende, el Acto por el que se emite tal certificación.

2. De conformidad con lo dispuesto en la Ley autonómica 7/1992, de 25 de noviembre, de creación del ICFEM, éste es un Organismo Autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, debiendo el Gobierno decidir su adscripción a una Consejería de la Administración autonómica y siendo sus órganos

superiores el Presidente, el Vicepresidente, el Consejo de Administración, el Director y los que crease el Gobierno, unipersonales o colegiados e insulares para determinadas funciones, que serán ejecutivas en los primeros, subordinados al Director (artículos 1 y 5).

Por otro lado, vistas las funciones asignadas a estos órganos superiores del ICFEM, particularmente el Presidente, que lo será del Instituto y del Consejo de Administración y ha de ser el titular de la Consejería al que se adscriba aquél (artículos 5 bis, 6 y 7), no queda suficientemente claro en la Ley cuál es el competente para acordar el inicio y resolución de los procedimientos de revisión de los actos que, obviamente, se dicten por alguno de ellos. Desde luego, el Consejero de Empleo y Asuntos Sociales tiene esta competencia respecto a los Actos de su Departamento y, quizá, de otros Organismos dictados en virtud de delegación (artículo 29.1.g) de la Ley autonómica 14/1990).

No obstante, la regulación de las funciones del Director, nombrado por el Gobierno a propuesta del Presidente (artículo 10), pudiera hacer pensar que tal competencia le pudiera corresponder a él. En esta línea, el Decreto 111/1999, de 25 de mayo, que aprueba el Reglamento orgánico del ICFEM, atribuye a éste las funciones del INEM traspasadas a la CAC y asumidas por su Administración y lo adscribe a la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales, previéndose en dicho Reglamento, en desarrollo de la Ley 7/1992, la existencia de la Secretaría General (artículo 9.2.a)), dependiente del Director, como órgano unipersonal.

En todo caso, es incuestionable que la Secretaría General del ICFEM es el órgano competente para efectuar el reconocimiento del grado personal de la funcionaria interesada (art. 19.1.k)), decidiendo sobre su solicitud inicial al respecto, mientras que es al Director del ICFEM a quien compete resolver el subsiguiente recurso que interpuso a resultas de entender desestimada su solicitud por silencio (artículo 19.5 del Reglamento). Y que al Secretario General le corresponde la instrucción, incluyendo la Propuesta de Resolución, de los procedimientos que deba resolver otro órgano (artículo 19.1.a)).

Ante estos presupuestos y sin adoptarse ahora un pronunciamiento definitivo en este punto, habida cuenta lo que se expresará en el Fundamento III de este Dictamen, cabe indicar que, de defenderse la competencia revisora del Consejero sobre los Actos de órganos del ICFEM, posición acorde con el hecho de que su Director formule una Propuesta resolutoria del procedimiento de revisión, no procede que

éste se inicie por Resolución de dicho Director, que sería un órgano manifiestamente incompetente para ello.

Pero es que, de aducirse que, en el ámbito del ICFEM y dada su naturaleza y características legales, la revisión puede iniciarla su Director, siendo la Dirección el órgano competente para resolver tras ser tramitado el procedimiento por el órgano instructor, no puede el mismo Director efectuar también la Propuesta de Resolución. En primer lugar, porque la legislación aplicable (LRJAP-PAC) distingue entre órgano instructor y decisor, con diferentes titulares necesariamente, siendo por demás obvio que no puede proponerse a sí mismo un órgano la decisión o resolver a la vista de Informe y/o Dictamen sobre su propia Propuesta. Y, además, porque entonces sería la Secretaría General quien ha de tramitar y proponer la Resolución del procedimiento, respetuosamente con esta previsión legal.

En este contexto debe advertirse que revisión de un Acto y declaración de nulidad de éste no son actuaciones o institutos idénticos o coincidentes, pues, iniciada la primera, no siempre se produce la segunda, tanto cuando aquélla se produzca por iniciativa propia, como por solicitud de interesado, al ser la Propuesta resolutoria contraria a la declaración o por no ser favorable el Dictamen sobre la Propuesta que la contiene.

En definitiva y en lo que ahora interesa, se advierte que, analizado el expediente, el procedimiento revisor tramitado presenta vicios formales determinantes relativos a los órganos que han intervenido para resolver su inicio o incoación y redactar su Propuesta resolutoria.

3. Desde esta perspectiva procedimental, y sin perjuicio de lo que enseguida se expondrá, ha de añadirse que en la tramitación del procedimiento revisor que nos ocupa se han producido otros defectos relevantes.

El primero es que no consta en el expediente el Informe del Servicio Jurídico de la Administración autonómica sobre el procedimiento seguido, en general, y su Propuesta resolutoria, en particular, no incluyéndose en él siquiera la solicitud de su emisión, la cual es preceptiva según dispone el artículo 20.e) del Reglamento del mencionado órgano, aprobado por el Decreto 19/1992.

Además, se afirma en la Propuesta que las alegaciones de la interesada, a la que se otorgó este trámite en momento adecuado para que se pronunciara sobre la

procedencia de la declaración de nulidad pretendida, se presentaron intempestivamente ante el órgano competente porque la interesada lo hizo pasado el plazo de diez días hábiles concedido para ello; tal afirmación no es correcta porque, dada la circunstancia del traslado al primer día laborable de la festividad del ocho de diciembre que, en el año 2002, coincidía con domingo, el cómputo del plazo hecho por la Administración es erróneo y, por ende, la interesada presentó sus alegaciones dentro del mismo.

III

1. Según se ha indicado ya, la Resolución que inició el procedimiento de revisión se dictó el 4 de diciembre de 2002, de manera que, iniciándose a instancia de la propia Administración, el plazo para resolverlo y notificar su Resolución comenzó en ese momento (art. 42.3 LRJAP-PAC) y, por consiguiente, siendo ese plazo de tres meses por no fijarse expresamente en la normativa reguladora de este procedimiento, el mismo concluiría el 4 de marzo de 2003.

Sin embargo, como también se adelantó, el Director del ICFEM resolvió, al tiempo que formular una Propuesta de Resolución, ampliar el plazo resolutorio en otros tres meses el mismo día, con fundamento en el artículo 42.5.c) LRJAP-PAC, de modo que, en su entendimiento, el término del plazo ampliado vendría a ser el 4 de junio de 2003. Pero esta actuación no sólo no es conforme a Derecho, sino que no produce el efecto pretendido, no evitando que se produzca la caducidad del procedimiento.

Así, la norma del artículo 42.5.c) LRJAP-PAC no prevé la ampliación del plazo de resolución del procedimiento, pues ello se contempla en el apartado siguiente del mismo precepto, que, además, exige que tal ampliación resulte no sólo suficientemente justificada, sino tomada por quien corresponda tras realizarse determinadas medidas y de modo motivado y excepcional, sin necesidad tampoco de acordarse siempre la máxima ampliación posible, sino la ajustada al caso. Todo lo cual no se ha hecho en esta ocasión, incluyendo la eventual inadecuación por incompetencia del Director del ICFEM para decidir la cuestión, conexas a la expuesta en el Punto 2 del Fundamento precedente.

En realidad, el precepto aplicado prevé la mera suspensión del plazo para resolver, adoptada por el órgano instructor por cierto, pero también exige que el motivo para ello, la solicitud de Informe, se produzca inmediatamente y no pasados

tres meses de producirse la actuación que va a ser eventualmente el objeto de dicho Informe, imposibilitando con ello de pasada que se cumpla el plazo máximo de suspensión previsto en el propio precepto.

2. En cualquier caso, es Doctrina consolidada de este Organismo en materia de revisión de oficio que, en este tipo de procedimiento y admitido que el plazo de resolución y notificación es de tres meses, resulta aplicable específica e inmediatamente el precepto del artículo 102.5 LRJAP-PAC, de modo que, si se ha iniciado de oficio el procedimiento de revisión, acordándolo la Administración por iniciativa propia, como es el caso, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución, y no ya sin notificarse también, producirá la caducidad del mismo.

Lo que resulta absolutamente coherente tanto con la declaración de nulidad que se pretende por la propia Administración, en relación con lo dispuesto en el artículo 69 LRJAP-PAC, como con el resultado que comporta, yéndose contra los propios Actos y privando al particular de un derecho adquirido, sin perjuicio de la aplicabilidad del artículo 106 LRJAP-PAC.

A mayor abundamiento, ha de señalarse que, habida cuenta el modo irregular en que se ha actuado en este procedimiento, según se ha expuesto, no hay forma de evitar que se produzca el incumplimiento del plazo de resolución que, aunque incorrectamente, se ha dado a sí misma la Administración actuante, pues, aun siendo tal plazo de seis meses, su vencimiento se habría producido el 4 de junio de 2003, al iniciarse el procedimiento el 4 de diciembre de 2002.

Además, en cuanto toca a la intervención de este Organismo en el procedimiento, debiéndose recabar su Dictamen sobre la Propuesta de Resolución, no resulta aplicable el artículo 45.2.c) LRJAP-PAC. Y no sólo porque se refiera el precepto al Informe de un órgano de la Administración, al distinguir perfectamente esta Ley en su articulado entre Informe y Dictamen de un Organismo consultivo y no siendo éste un órgano administrativo o integrado en la Administración actuante o en otra.

En efecto, la lectura del precepto comentado permite advertir que se trata de una actuación, junto a las otras recogidas en este apartado 5 del artículo 42, que forma parte de la tramitación o la instrucción del procedimiento, realizándose para

preparar la redacción de la correspondiente Propuesta de Resolución que redactará el órgano instructor, particularmente a los fines de dicha instrucción (artículo 78 LRJAP-PAC), de manera que, desde luego, se conecta con lo dispuesto en los artículos 82 y 83 LRJAP-PAC.

En esta línea, es evidente que se trata de una información de orden sustantivo o material, pertinente para que el órgano administrativo decida en el asunto de que se trate, debiendo ser determinante del contenido de la Resolución, por lo que ha de estar disponible no sólo antes de redactarse la Propuesta de Resolución definitiva, sino de efectuarse el trámite de vista y audiencia al interesado.

Por el contrario, el Dictamen es un pronunciamiento jurídico que, a modo de control previo, se emite sobre una Propuesta resolutoria perfectamente redactada, culminada la instrucción y con el mismo contenido de la Resolución, incluyendo el resuelto que se propone al órgano decisor (artículo 89 LRJAP-PAC), el cual resolverá a su vista. Y, precisamente por este motivo, ha de solicitarse por quien esté legitimado para ello en orden a que el Organismo consultivo, externo necesariamente a la Administración actuante, se pronuncie en interés del órgano decisor sobre el Acto proyectado que le propone realizar el órgano instructor, decidiendo si es conforme a Derecho o no.

CONCLUSIONES

1.- Ha de entenderse caducado el procedimiento de revisión que nos ocupa y, en consecuencia, resultando aplicable el artículo 44.2 LRJAP-PAC, debe dictarse Resolución que declare la caducidad y ordene el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92.3 LRJAP-PAC en este supuesto de iniciación de oficio.

2.- Lo anterior no impide que, una vez mas sin perjuicio de lo previsto en el artículo 106 LRJAP-PAC, la Administración pueda iniciar otro procedimiento de revisión con idéntica pretensión de declaración de nulidad, por la misma u otra causa, del Acto de que se trata, aunque, mientras tanto, éste siga sin duda produciendo los efectos que produjo desde que legalmente existe y, por ende, han de ser reconocidos los mismos a la interesada; máxime cuando ya lo han sido por la propia Administración.