



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 167/2005

(Sección 1ª)

La Laguna, a 24 de mayo de 2005.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Economía y Hacienda en relación con el *procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 20 de agosto de 1986, de la Secretaría General Técnica de la citada Consejería, de reconocimiento de antigüedad a efectos de trienios del funcionario J.C.P.M., incoado en ejecución de Sentencia (EXP. 135/2005 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Por escrito de 12 de abril de 2005, el Excmo. Sr. Consejero de Economía y Hacienda solicita, por el procedimiento ordinario [al amparo de los arts. 11.1.D.b), 12.1 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo] Dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio, por causa de nulidad de pleno derecho, de la Resolución de de la Secretaría General Técnica de la Consejería mencionada, de 20 de agosto de 1986, de reconocimiento de antigüedad a efectos de trienios del funcionario J.C.P.M. por no reunir éste los "requisitos esenciales para su adquisición" [art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC], lo que determina que la citada Resolución incurra en causa de nulidad de pleno Derecho determinante de la tramitación del presente expediente de revisión de oficio (art. 102 LRJAP-PAC).

2. El expediente de revisión -cuya Propuesta de Resolución ha sido preceptivamente informada por el Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias [art.

* **PONENTE:** Sr. Millán Hernández.

20.e) del Reglamento del mencionado Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero]- cuenta con los siguientes Antecedentes:

El funcionario R.G.P. solicitó de la Dirección General de la Función Pública, mediante escrito de 24 de septiembre de 2001, la revisión de oficio del reconocimiento de trienios del también funcionario J.C.P.M., quien obtuvo el primer puesto del concurso de méritos, en el que ambos habían participado, convocado por la Consejería de la Presidencia (B.O.C. núm. 129 de 27 de septiembre de 2000), y en base a dicho reconocimiento de trienios se le adjudica el puesto que en la lista provisional, aprobada por Orden de 16 de mayo de 2001, le había sido adjudicado al recurrente.

Contra la falta de Resolución expresa del procedimiento revisor instado, R.G.P., interpuso recurso contencioso administrativo, ante el Juzgado de tal orden nº 3 de los de Las Palmas de Gran Canaria, que resolvió mediante Sentencia de 5 de marzo de 2004, anulando la citada Resolución desestimatoria presunta y condenando a la Administración "a que tramite hasta su resolución expresa el expediente de revisión de oficio instado por el recurrente".

Evacuado el trámite informativo correspondiente, se acredita que el reconocimiento al citado J.C.P.M. de su quinto trienio con efectos de 20 de octubre de 1985 había sido errónea, debiéndose "computar la antigüedad del citado funcionario a partir del 27 de octubre de 1970", por lo que el citado trienio devengaría efectos desde el 27 de octubre de 1985.

3. A tal efecto, se ha instado de este Consejo Consultivo la emisión del preceptivo Dictamen, de conformidad con los razonamientos que se deducen de la citada Sentencia. En efecto, de la misma resulta que R.G.P. tiene legitimación para instar la revisión de oficio de una Resolución que concierne a tercero desde el momento en que ambos participaron en un concurso de méritos en el que J.C.P.M. obtuvo, en base justamente a un trienio no consolidado por error de cómputo de antigüedad, el primer puesto, en tanto que el instante del procedimiento revisor - que en el citado concurso obtuvo el tercer puesto- podría haber obtenido "el primero o el segundo" al ser la diferencia de ambos de 0.375 puntos y haber sido valorado el trienio erróneamente computado con 0.5 puntos. R.G.P. tiene derecho, además, a la corrección de datos obrantes en el Registro de personal.

Por ello, la revisión de oficio -en su momento desestimada- debe proseguir en los términos que indica la señalada Sentencia, la cual [con cita de la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 5º, de 12 de diciembre de 2001 (RJ 1122/2002), que cita la asimismo STS de 12 de noviembre de 2001 (RJ 8957)] precisa que el procedimiento revisor cuenta con dos fases nítidamente diferenciadas. La primera, es la que tiene por objeto acreditar si el acto a revisar adolece o no “de los vicios que determinan su revisión”. En caso afirmativo, se abre la segunda fase “que incluye la solicitud de Dictamen al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma”; de modo que si no se ha tramitado el procedimiento en las dos fases indicadas, “no se puede entrar en la cuestión de fondo de la revisión jurisdiccional de los actos administrativos”, exhortando la citada Sentencia a la Administración para que “inicie el trámite de la segunda fase y la concluya dictando la pertinente Resolución expresa en orden a si existe la nulidad o anulabilidad pretendida” (Cfr., así mismo, SSTS de 18 de abril de 1988, RJ 3352; 22 de octubre de 1990, RJ 8254; 24 de octubre de 2000, RJ 9005; y de 7 de mayo de 2002, de la Sala Especial del art. 61 de la LOPJ, RJ 3972).

Y de esto se trata en este momento. Concluir la segunda fase del procedimiento revisor del que forma parte el Dictamen de este Consejo, aunque -como expone el Servicio Jurídico en su preceptivo informe- con cita de la STS de 11 de abril de 1983, “de manera inexcusable se oirá al afectado o afectados por ella”.

No consta el cumplimiento del mencionado trámite, pese a que fue advertido por el Servicio Jurídico. Con la solicitud de Dictamen se acompañó minuta de las actuaciones que constituyen el expediente. Con el nº 2 figura la “orden de inicio del expediente, notificada a los interesados”. El documento que aparece en el expediente con ese número es, sin embargo, el escrito mediante el que R.G.P. instó el 24 de septiembre de 2001 la revisión de oficio, sin que conste la apertura del preceptivo trámite de audiencia que no se identifica con las alegaciones previas a resultados de la notificación del inicio del procedimiento revisor.

Dicho esto, ciertamente, el procedimiento de revisión “se instruirá y resolverá de acuerdo con las disposiciones del Título VI de (la) Ley”; pero el art. 84.4 de ésta permite “prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la Resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”.

Y tal es el caso por lo que atañe al instante de la revisión, R.G.P., pero no el de J.C.P.M., *perjudicado* por el procedimiento revisor por cuanto ve rectificadas su antigüedad a efectos del Registro y los que son propios e inherentes. Se dice que la apertura del procedimiento revisor fue notificada a “los interesados”; no consta tal notificación; y aunque lo haya sido, la misma no supe el trámite de audiencia final que, si es omitido, podría lesionar la debida contradicción entre las partes y con ello el derecho de defensa de los derechos e intereses propios.

II

1. En aras a la salvaguarda de la Resolución que se adopte en su caso, debe cumplirse tal trámite e incorporarse al expediente, si no lo ha sido, el documento que formaliza su cumplimiento.

Por ello, se hace necesario adecuar el procedimiento a las garantías procedimentales indispensables necesarias que eviten supuestos de indefensión a los interesados, dándoles a todos ellos oportunidad mediante el trámite de audiencia para que tomen conocimiento de la Propuesta y puedan pronunciarse a través de las alegaciones y pruebas pertinentes.

Uno de los esenciales principios de la LRJAP-PAC es el de dotar a todos los procedimientos administrativos de efectiva contradicción o, lo que es lo mismo, permitir a los afectados e interesados el derecho de defensa; esto es, que se hagan valer los distintos intereses adecuadamente confrontados, antes de adoptar una decisión definitiva. Estos actos de alegación, prueba y defensa, por otro lado, han de ser *reales y efectivos*, evitando la indefensión.

La Propuesta de Resolución, sin conocimiento previo por parte de todos los afectados e interesados, genera indefensión, al no haber podido éstos formular alegaciones y pruebas, defecto equiparable a la falta de audiencia, *nemo damnari inaudita parte*, por cuanto la Propuesta de Resolución se resuelve sin que todos los afectados hayan sido oídos, obstaculizando una defensa eficaz y completa.

La limitación de la posibilidad de efectiva contradicción de los diversos sujetos e interesados en el procedimiento produce el mismo efecto que el de la inexistencia del procedimiento en sentido jurídico. No existe procedimiento válido si no existe igualdad de oportunidad entre las partes en cada una de las piezas, trámites o

momentos; esto es, si no existe un auténtico debate contradictorio, tanto sobre los hechos como sobre su calificación jurídica.

El art. 89 LRJAP-PAC establece con carácter general que la Resolución del procedimiento administrativo "decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo".

Pero, cuando se trate de cuestiones conexas "el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas poniéndolo antes de manifiesto a aquéllas (...) para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba"; y el art. 84 LRJAP-PAC exige que inmediatamente antes de redactar la Propuesta de Resolución se ponga de manifiesto a todos los interesados o, en su caso, a sus representantes. Lo que supone que si la Propuesta resolutoria se formula sin la audiencia de todos los afectados, ésta no ha sido completa o eficaz, siendo dicho trámite formal y materialmente imprescindible para la propia validez del procedimiento.

2. Por otro lado, es determinante para proceder a la revisión, y sobre todo en orden a culminarla con la pretendida declaración de nulidad, conocer con total garantía y seguridad la antigüedad del funcionario al que va a afectar. En este sentido, no existiendo documento original al efecto en el expediente, resulta necesaria la incorporación al mismo de certificación del momento en que se produce el ingreso de ese funcionario en la Función Pública, a emitir por la Administración competente, o, en todo caso, del comienzo el cómputo de su antigüedad.

CONCLUSIÓN

La concurrencia de defectos esenciales, audiencia de las partes, en la tramitación del procedimiento de revisión de oficio impide el pronunciamiento material acerca de la Propuesta de Resolución determinando su inviabilidad.

El derecho de la Administración, no obstante, queda incólume, para que una vez depurados los defectos pueda ejercitar, en su caso, la vía de revisión de oficio o las acciones que estime adecuado en aras a la tutela de la legalidad.