



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 7 4 / 2 0 1 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 6 de mayo de 2010.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Educación, Universidades, Cultura y Deportes en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio por la que se declara la nulidad de la Orden de 21 de diciembre de 2005, del Consejero de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, por la que se estima la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por V.J.G.S. (EXP. 297/2010 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. A través del escrito remitido el 19 de abril de 2010, por la Consejera de Educación, Universidades, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, se 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 de Canarias, Dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución relativa a la revisión de oficio de la Orden de 21 de diciembre de 2005, del Consejero de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, por la que se estima la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por V.J.G.S.

2. La declaración de nulidad contenida en la Propuesta de Resolución se fundamenta en el 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), al considerar la Administración solicitante que la referida Resolución es contraria al Ordenamiento Jurídico, ya que se entiende que, en virtud de la nueva documentación obrante en el expediente, se le reconoció a V.J.G.S. un derecho económico, careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, decayendo,

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

en consecuencia la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente que legitime la existencia de una lesión patrimonial.

3. La ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos se contiene en el art. 102 LRJAP-PAC. Esta revisión de oficio, procede contra actos nulos que incurran en alguna de las causas de nulidad del art. 62.1 LRJAP-PAC y que, además, sean firmes en vía administrativa, firmeza que se acredita en las actuaciones.

4. El presente procedimiento fue incoado de oficio mediante la Orden Departamental, de 8 de febrero de 2010, por lo que, de conformidad con el art. 102.5 LRJAP-PAC, el procedimiento caducará a los tres meses desde su incoación, sin perjuicio de que, si se declarase la caducidad, se pueda abrir nuevo procedimiento revisor.

II

1. Antes de entrar a analizar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada, en el procedimiento incoado, procede, primeramente, proceder al relato de los hechos:

V.J.G.S., en su calidad de profesor técnico de formación profesional sustituto, fue nombrado para el curso escolar 2002/2003 en el IES Roque Amagro, para impartir docencia en la especialidad de Sistemas y Aplicaciones Informáticas desde el 16 de octubre de 2002 hasta el 31 de agosto de 2003, si bien con fecha 3 de febrero de 2003 fue cesado en su nombramiento por renuncia voluntaria.

El 26 de agosto de 2003 el interesado presentó ante la Tesorería General de la Seguridad Social una reclamación previa por carencia de cotización de días, al tener conocimiento por medio de un certificado de vida laboral que el alta figura mecanizada con fecha 17 de febrero de 2003 y no con la fecha de inicio de su actividad laboral el 16 de octubre de 2002. En su escrito solicita que se retrotraiga la fecha de efectos del alta al comienzo de su actividad.

Esta reclamación fue desestimada mediante Resolución de 28 de agosto de 2003 con el argumento de que cuando las altas son solicitadas por el empresario o, en su caso, por el trabajador fuera de los términos establecidos sólo tendrán efectos desde el día en que se formule la solicitud, salvo que se haya producido ingreso de cuotas en el plazo reglamentario, en cuyo caso se retrotraerán sus efectos a la fecha en que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate, en tanto que las altas practicadas de oficio por las Direcciones Provinciales de

la Tesorería General de la Seguridad Social o las Administraciones de la misma, retrotraerán sus efectos a la fecha en que los hechos que la motiven hayan sido conocidos por unas u otras. En el caso del reclamante, la Tesorería General de Seguridad Social estimó que la retroacción de efectos solicitada no resultaba posible porque no se había tenido constancia de la actividad laboral del interesado hasta el 25 de febrero de 2003, que fue cuando la Consejería de Educación cotizó por aquél, ingresando las cuotas de los meses de octubre a diciembre de 2002.

Así, V.J.G.S. consideraba que se le había irrogado un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado a consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración y que afectaba a su vida laboral, reclamando, en su momento, como indemnización el importe de las cuotas que en concepto de cotizaciones fueron detraídas de sus retribuciones y que no obstante no fueron ingresadas en la Tesorería General de la Seguridad Social y que ascienden a la cantidad de 502,48 euros, a la que adicionaba 8,404 euros en concepto de intereses de demora.

La reclamación presentada por él dio lugar a la tramitación del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, que finalizó por medio de la Orden de 21 de diciembre de 2005, del Consejero de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, por la que se estimó su reclamación.

Sin embargo, posteriormente, el 17 de abril de 2007, la Jefe de Negociado de Retribuciones II, de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes (en la actualidad, Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias), certificó que "consultada la vida laboral del docente a fecha de 16 de abril de 2007, se adjunta copia de su TA2/R, se observa que su fecha de alta es del 16 de octubre de 2002, con fecha de efectos de 16/10/2002, por lo que la solicitud que desde la Dirección Territorial de Las Palmas se tramitó para solucionar el alta fuera de plazo surtió efecto, corrigiendo la Tesorería General de la Seguridad Social, la fecha de efecto del alta".

Finalmente, otro dato importante en relación con los hechos, es el relativo a que la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Las Palmas practicó contra la Consejería Acta de infracción, iniciándose el correspondiente procedimiento administrativo sancionador en materia de afiliación relativa a determinados trabajadores, al quedar constatado que se les había dado de alta fuera de plazo, con posterioridad al inicio de la prestación de servicios. Entre estos trabajadores, de acuerdo con lo señalado en la referida acta, se encontraba el interesado en el

procedimiento de responsabilidad patrimonial ya mencionado, cuya solicitud de alta fue presentada por la Consejería el 17 de febrero de 2003.

2. En lo relativo a la tramitación del procedimiento, se inició a través de la Orden Departamental de 8 de febrero de 2010, por la que se acordó la incoación de oficio de este procedimiento otorgándose el trámite de audiencia al afectado.

El 8 de abril de 2010, se dictó, dentro de plazo, la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen, que se formula adecuadamente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 89 LRJAP-PAC, conteniendo la declaración de nulidad pretendida, cuya causa se ajusta a la argumentada en la Resolución de inicio del procedimiento.

III

1. En este caso, es necesario partir de una serie de hechos indubitados, cuya realidad quedó clara, incluso, durante la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, que finalizó con la Resolución objeto de revisión y en el que intervino este Organismo a través del preceptivo Dictamen (Dictamen 253/2009, de 5 de octubre).

Así, el primero de los mismos es el referente al alta extemporánea del afectado, hecho éste que genera, en realidad, este procedimiento de revisión de oficio y el procedimiento anteriormente referido, pues en la documentación obrante en este expediente, consta que el afectado comenzó a prestar sus servicios por cuenta ajena, en este caso por cuenta de la Administración, su empleadora, el 16 de octubre de 2002, dándosele de alta ante la Seguridad Social, no en el término exigido por la normativa aplicable a la materia (art. 100 de la Ley General de la Seguridad Social y art. 32.3 del Reglamento General sobre Inscripción de la Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero), sino varios meses después del inicio de su relación laboral, en diciembre de 2002.

En relación directa con este incumplimiento se halla el Acta de Infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de la Inspección de Trabajo de Las Palmas y el subsiguiente inicio, en 2004, del procedimiento sancionador contra la Consejería en materia de afiliación, alta y baja, por haber dado el alta a varios trabajadores, entre los que se incluye el interesado, fuera de plazo, todo lo cual no ha sido negado por la Administración.

En este mismo sentido, y en relación con tal incumplimiento, se emitió la Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social, en escrito de 28 de julio de

2003, a la que se hace mención en el Dictamen de este Organismo anteriormente citado, por la que la Tesorería General de Seguridad Social entendió que la retroacción de efectos solicitada no resultaba posible porque no se había tenido constancia de la actividad laboral del interesado hasta el 25 de febrero de 2003, que fue cuando la Consejería de Educación cotizó por aquél, ingresando las cuotas de los meses de octubre a diciembre de 2002.

2. El siguiente hecho que tiene una influencia manifiesta en el fondo de este caso es el relativo a la certificación de la Jefe de Negociado de Retribuciones II, antes mencionado, en la que se afirma que se consultó la vida laboral del docente a fecha de 16 de abril de 2007, es decir, no se hizo durante la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, sino cerca de dos años después de haber dictado la Orden por la que se estimaba la reclamación de responsabilidad del afectado, siendo más que evidente que la información contenida en tal documentación, que implicaba que la solicitud que se tramitó por la Administración para solucionar el alta fuera de plazo referida, surtió efecto, retrotrayéndose el alta al 16 de octubre de 2002, lo que habría dado lugar a la desestimación de la reclamación, sin que se justifique de forma alguna por qué tal información no se solicitó durante la tramitación del mencionado procedimiento de responsabilidad patrimonial.

En este sentido, consta también en dicha certificación la aplicación del Convenio de relaciones suscrito por la Comunidad Autónoma de Canarias y la Tesorería General de la Seguridad Social, el 9 de diciembre de 1997, cuya aplicación se inició el 1 de enero de 1998, estableciéndose en él el pago diferido de las correspondientes cuotas y el pago de un anticipo mensual fijo, que permite estar al corriente de las cuotas de la Seguridad Social.

Así mismo, en el art. 35.1 del referido Reglamento se afirma que "Las altas solicitadas por el empresario o, en su caso, por el trabajador fuera de los términos establecidos sólo tendrán efectos desde el día en que se formule la solicitud, salvo que se haya producido ingreso de cuotas en plazo reglamentario, en cuyo caso el alta retrotraerá sus efectos a la fecha en que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador que se trate".

Por todo ello, no hay duda alguna acerca de la incorrección de la estimación de la reclamación, la cual sólo se ha podido determinar con posterioridad al procedimiento, puesto que, años después, se solicitó la documentación necesaria para resolver correctamente el fondo de la cuestión.

3. Por todo ello, cabría considerar que la Orden objeto del presente procedimiento de revisión es contraria a Derecho, incurriendo en el motivo de nulidad previsto en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, pues al constar en su vida laboral que estaba dado de alta, previa retroacción, causada por el pago diferido, desde el 16 de octubre de 2002 y no desde diciembre de 2002, no se le habría causado un daño efectivo, evaluable económicamente y está individualizado, no correspondiendo la estimación de su reclamación, ni, obviamente, el otorgamiento de la correspondiente indemnización, habiéndose adquirido un derecho económico sin concurrir los requisitos necesarios para ello.

Sin embargo, en este supuesto, no es posible obviar la concurrencia de una circunstancia que limita la potestad revisora de la Administración, pues se generó en el afectado la creencia de que ostentaba tal derecho, contribuyendo en la creación de tal falsa creencia, no sólo la actuación de la Seguridad Social, especialmente, en lo que se refiere al inicio del procedimiento sancionador por el alta extemporánea, actuación que no se entra a valorar en este Dictamen, sino por la actuación de la propia Consejería, la cual se basa en la realización incorrecta de su actividad instructora durante el procedimiento de responsabilidad patrimonial, pues tuvo que haber solicitado la certificación de la vida laboral del trabajador durante la realización del mismo.

Así, es evidente la buena fe del afectado, quien actuó bajo una falsa creencia, la cual, a su vez, se basaba en datos objetivos, como se ha demostrado anteriormente.

4. Ante ello, cabe plantearse la existencia de límites a la facultad de la Administración de revisar sus propios actos. En este sentido, en el art. 106 LRJAP-PAC, se señala que "las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o las leyes", estableciéndose así los límites de la potestad revisora de la Administración.

Al respecto hemos de tener en cuenta la doctrina de este Consejo sobre los límites a la facultad de revisión de oficio; así, en el Dictamen 208/2006, de 6 de julio, donde se señala que "este Consejo Consultivo no puede pronunciarse sólo acerca de la legalidad o ilegalidad del acto presunto en cuestión, pues le corresponde también ponderar la inexistencia o eventual presencia, en cada caso concreto, de circunstancias que pudieran constituirse en límites para el ejercicio por la Administración de sus facultades revisoras. La revisión de oficio constituye una

prerrogativa de la Administración para retirar inmediatamente de la vida jurídica actos nulos de pleno derecho; pero siendo el más directo no es el único camino para alcanzar tal fin. Y sin duda por ese mismo carácter extraordinario el art. 106 LRJAP-PAC exige verificar la posible existencia de límites a su ejercicio”, añadiéndose en relación con la equidad que “resultaría contrario a la equidad la desproporción que significa abrir la vía rápida de la revisión de oficio a una Administración que aplicó al particular en el procedimiento administrativo la no respuesta o la respuesta a largo plazo. «La equidad supone una llamada a acudir a los principios superiores de justicia para decidir un caso para el que resulta inadecuada la regla legal. En la revisión de oficio la Administración ejercita una prerrogativa, que como se ha señalado más atrás debe ser ejercitada sólo excepcionalmente. El principio del equilibrio entre las partes en la defensa de sus respectivas argumentaciones jurídicas cede en la revisión de oficio a favor de la Administración, por el carácter preferente de los intereses públicos que defiende; el particular podrá luego acudir a los Tribunales en busca de mejor derecho (DCC 112/2004)». Pero la negligente conducta de la Administración presente en este caso no puede hasta ese punto usar de tal prerrogativa, pues ello generaría una desproporcionada desigualdad de trato contraria a la equidad. Por todo ello, en estas circunstancias las facultades de revisión de oficio no podrán ser ejecutadas, tal como establece el art. 106 LRJAP-PAC”.

5. Por lo tanto, que el ejercicio de la potestad revisora en este supuesto es, de todo punto, contraria a la equidad y a la buena fe, todo lo cual implica que no cabe la revisión y la consiguiente anulación de la Orden de 21 de diciembre de 2005, del Consejero de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, por la que se estima la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por V.J.G.S.

6. La Propuesta de Resolución, objeto del presente Dictamen, es contraria Derecho en virtud de lo expuesto anteriormente.

C O N C L U S I Ó N

El presente Dictamen es desfavorable a la revisión de oficio instada por la Administración.