



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 6 2 / 2 0 1 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 19 de octubre de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Empleo, Industria y Comercio en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio por la que se declara la nulidad del acto administrativo del Director del Servicio Canario de Empleo, producido por silencio administrativo positivo, en virtud del cual se estimó la solicitud de J.C.L.T.G., mediante la que se reclamaba el reconocimiento del derecho a percibir diferencias retributivas (EXP. 770/2010 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. A través del escrito remitido el día 11 de octubre de 2010, por el Consejero de Empleo, Industria y Comercio 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 relativa a la revisión de oficio de un acto administrativo del Director del Servicio Canario de Empleo, producido por silencio administrativo positivo, en virtud del cual se estimó la solicitud de J.C.L.T.G., mediante la que se reclamaba el reconocimiento del derecho a percibir diferencias retributivas por realizar funciones propias de una categoría profesional superior a la suya.

2. La ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos se contiene en el art. 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (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

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

administrativa, firmeza que se acredita en las actuaciones obrantes en el expediente.

3. El presente procedimiento fue incoado de oficio mediante la Orden Departamental 628/10, de 21 de julio 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, realizar el relato de los hechos:

J.C.L.T.G., funcionario adscrito al Cuerpo Auxiliar de la Comunidad Autónoma de Canarias, que presta sus servicios en la Oficina de Empleo de Arenales, provincia de Las Palmas de Gran Canaria, solicitó el día 22 de febrero de 2006, el reconocimiento del derecho a percibir una compensación equivalente a las diferencias retributivas de carácter complementario existentes entre el puesto de trabajo de auxiliar administrativo, del que es titular, y el de auxiliar, cuyas funciones considera que viene desempeñando, por los conceptos de complemento de destino y complemento específico, generadas entre el 1 de febrero de 2002 y el 31 de enero de 2006, ascendiendo su cuantía a 13.829,06 euros.

El día 12 de junio de 2006, presentó un recurso de alzada contra la desestimación por silencio administrativo de su solicitud, la cual se resolvió, en sentido desestimatorio, por la Administración, el 4 de agosto de 2006.

Además, el referido recurso se resolvió por Resolución expresa el 30 de marzo de 2007, también de sentido desestimatorio.

Posteriormente, J.C.L.T.G. interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicha Resolución expresa ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº. 1, de los de Las Palmas de Gran Canaria, que fue estimado por la Sentencia de 5 de junio de 2009, señalándose en la misma que "En atención a la doctrina expuesta que regula un supuesto prácticamente idéntico al de autos, cabe concluir que la primera solicitud del interesado no resuelta en plazo tuvo como efecto la estimación de la misma, estimación que se reforzó ante la no resolución del recurso de alzada que el J.C.L.T.G. interpuso, contra una supuesta desestimación presunta. En consecuencia sí

se ha producido un acto firme por parte de la Administración a cuya ejecución debe ser condenada en la presente Resolución (...)"

Dicha Sentencia fue recurrida en apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en la Palmas de Gran Canaria, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que dictó la correspondiente Sentencia desestimatoria el día 2 de junio de 2010.

2. En lo relativo a la tramitación del procedimiento, se inició a través de la Orden Departamental 628/10, de 21 de julio de 2008, por la que se acordó la incoación de oficio de este procedimiento otorgándose el trámite de audiencia al afectado.

El 28 de septiembre de 2010, dentro de plazo, se dictó, dentro de plazo, la Propuesta de Orden 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. La declaración de nulidad contenida en la Propuesta de Orden se fundamenta en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, al considerar la Administración solicitante que la referida Resolución aprobada por silencio administrativo es contraria al Ordenamiento Jurídico, ya que se entiende que a través de tal acto administrativo se le reconoció a J.C.L.T.G un derecho de naturaleza económica, careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

La Propuesta de Orden despliega un notable esfuerzo de argumentación jurídica para intentar demostrar la contrariedad a Derecho de la Resolución aprobada por efecto del doble silencio de la Administración, pues según sostiene en su fundamentación jurídica "no ha existido ningún tipo de nombramiento a favor de J.C.L.T.G. que le habilite para el desempeño de funciones superiores, sin cuya virtud el citado habría adquirido un derecho careciendo de un requisito esencial para su adquisición, a saber, la existencia de nombramiento a su favor para el desempeño de funciones de superior categoría".

2. No obstante, como ya sostuvimos en nuestro Dictamen 112/2004, "en la revisión de oficio el único elemento a tener en cuenta para valorar su procedencia no es el de la adecuación o no al ordenamiento jurídico del acto en cuestión", pues,

como se señala por el Consejo de Estado en su Dictamen de 22 de diciembre de 1999, “para entender concurrente el vicio recogido en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC no basta con que el acto sea contrario al ordenamiento jurídico, pues si así se sostuviera se estaría produciendo un cierto vaciamiento de los supuestos de nulidad relativa. El legislador ha querido acotar este supuesto de nulidad a aquellos casos extremos en los que no simplemente se discuta sobre la eventual ilegalidad de un acto administrativo, sino que, además, se aprecie falta grave y notoria del presupuesto indispensable para adquirir lo que el acto indebidamente otorgó o reconoció”. Y en otro Dictamen posterior (de 19 de abril de 2001) afirma el Consejo de Estado que “por el carácter excepcional de la nulidad, las causas previstas en el art. 62.1 LRJAP-PAC deben ser objeto de una interpretación estricta, máxime si se trata de la contemplada en el apartado f), pues, en otro caso, podrían cobijarse en este supuesto determinadas infracciones del ordenamiento jurídico que por su entidad sólo son merecedoras de la sanción de anulabilidad”.

Por ello, lo que ahora corresponde apreciar a este Consejo es si el acto administrativo en cuestión encaja estrictamente en el supuesto de la letra f) del art. 61.2 LRJAP-PAC; es decir, si por virtud del mismo se adquirieron derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

3. El particular ha aportado al expediente un certificado de la Directora de la Oficina de Empleo donde se encuentra destinado el funcionario en el que se describen con todo detalle las funciones que éste ha venido prestando, incluyendo incluso las de formación de nuevos empleados; de su análisis se desprende que muchas de esas tareas no son las que corresponden a un auxiliar. La Administración, según manifiesta en la resolución de 2 de agosto de 2006 (FJ 2º), que obra en el expediente, no niega la realización de estas funciones, e incluso llega a justificar esta práctica en el marco de la nueva legislación de función pública, para la que “lo decisivo no es tanto el cuerpo de pertenencia como el puesto de trabajo que se desempeña”.

Y llegado a este punto debe recordarse que lo que el J.C.L.T.G. solicitó, y al final obtuvo por silencio administrativo, fue que se le reconocieran determinados derechos económicos no a partir de ostentar la condición de administrativo, sino por estar en la práctica desempeñando funciones a tal cuerpo asignadas. La Propuesta de Orden, por el contrario, vincula erróneamente la generación de los derechos económicos reclamados a la existencia o inexistencia de un expreso nombramiento, cuando éstos no han provenido de la mediación de acto formal alguno a favor del

funcionario, "sino de una situación que permanece inalterada desde el comienzo de su relación laboral" (FJ 3º de la PO). Fue ante esta situación de hecho, contraria a la RPT pero aparentemente tolerada por la propia Administración, por lo que el interesado solicitó y finalmente obtuvo el reconocimiento de una compensación económica. La adquisición de tales derechos, en consecuencia, no provienen de nombramiento alguno, ni nunca así lo pretendió el solicitante, sino de una situación de hecho que se venía produciendo desde su incorporación al SCE. No se reconocieron tales compensaciones en consideración a la condición funcional del solicitante, sino a la efectiva prestación por éste de determinadas tareas; no provienen tales derechos del cumplimiento o no de un requisito por su adquirente, por otro lado pretendidamente esencial, sino de la existencia de una situación de hecho objetiva. No puede, en consecuencia, considerarse que la ausencia de nombramiento, la carencia de título administrativo suficiente, constituya en este caso la causa de la que derive la nulidad de pleno derecho. Es por ello que la eventual contradicción del acto administrativo en cuestión con la RPT no constituye una infracción del ordenamiento jurídico lo suficientemente "grave y notoria" (como afirma el Consejo de Estado) para calificar un supuesto de nulidad radical, al no resultar subsumible en la causa descrita en la letra f) del art. 62.1 LRJAP-PAC.

4. La Propuesta de Orden, objeto del presente Dictamen, en tanto que dirigida estrictamente a remover los derechos económicos reconocidos judicialmente, no es conforme a Derecho en virtud de lo expuesto anteriormente, no concurriendo la alegada causa de nulidad del art. 62.1.f) LRJAP-PAC, por lo que este Consejo emite Dictamen desfavorable a la revisión de oficio.

C O N C L U S I Ó N

Este Consejo Consultivo manifiesta su parecer contrario a la revisión de oficio del acto administrativo presunto objeto de este procedimiento, por lo que procede emitir Dictamen desfavorable a tal pretensión de la Administración.