



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 116/2011

(Sección 2ª)

La Laguna, a 25 de febrero de 2011.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejero de Empleo, Industria y Comercio en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de un acto presunto positivo por el que se reconoce un derecho de percepción económica a E.S.R. (EXP. 70/2011 RO)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias en comunicación de fecha 9 de febrero de 2011, registrada de entrada en este Consejo el día 14 siguiente, es la Propuesta de Orden (PO) formulada en el procedimiento de revisión de oficio de un acto presunto positivo, por el que se reconoce un derecho de percepción económica.

2. La legitimación de la Sra. Consejera para solicitar el Dictamen, la competencia de este Consejo para emitirlo y su preceptividad resultan de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación el primer precepto con el art. 102.1 y 2, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

II

1. Los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

- El 3 de abril de 2008, E.S.R., funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Administradores, escala Administradores Generales, solicitó a la Dirección del

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

Servicio Canario de Empleo el reconocimiento y abono del tercer trienio con efectos del 8 de febrero de 2008, incluyendo la cantidad no percibida por este concepto en la nómina del mes de marzo.

- Con fecha 13 de mayo de 2008, el interesado presenta escrito por el que, al haber transcurrido el plazo máximo legal para resolver su solicitud, entiende estimada la misma, por silencio positivo, y solicita que se le expida certificado acreditativo de acto presunto positivo por la Dirección del Servicio Canario de Empleo, así como el abono del tercer trienio con efectos desde el 8 de marzo de 2008, incluyendo la cantidad no percibida por ese concepto en las nóminas de los meses de marzo y abril de ese año.

- Aquella solicitud es desestimada, por lo que el interesado, con fecha de 26 de enero de 2009, interpone recurso de alzada contra la resolución desestimatoria de certificación de acto presunto.

Tal recurso se resuelve mediante Resolución 09/6682, de 8 de julio de 2009, del Director del Servicio Canario de Empleo, estimatoria del mismo, acordando la procedencia de la emisión del certificado de acto presunto.

- Con fecha 12 de agosto de 2009, el Secretario General del Servicio Canario de Empleo emite Certificado nº 09/1815, acreditativo del silencio administrativo, donde se hace constar, por un lado, que los efectos generados por la falta de resolución expresa son estimatorios de la solicitud del reconocimiento del tercer trienio por el transcurso del plazo de un mes desde su solicitud, y, por otro lado, que la estimación de la solicitud se realiza en los términos siguientes: *“reconocer a E.S.R. el derecho al abono del tercer trienio con efectos económicos desde el 8 de febrero de 2008”*.

- Con fecha 1 de septiembre de 2009 E.S.R. solicitó a la Dirección General de la Función Pública que dictara Resolución por la que *“(...) se acuerde inscribir dicho Acto en el Registro de Personal de dicha Dirección, de acuerdo con lo establecido en los arts. 19 y 20 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, con los efectos económicos de 8 de febrero de 2008 (...)”*.

- Mediante Resolución nº 915, de 30 de septiembre de 2009, del Director General de la Función Pública, se denegó la anotación en el Registro de Personal del reconocimiento de antigüedad solicitado por el interesado, instándose al Servicio Canario de Empleo para que procediera a la revisión de oficio de la antigüedad reconocida por silencio administrativo por ser contrario a derecho, lo que se fundamenta en que *“(...) la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo*

del Tribunal Supremo, de 11 de julio de 2003, anuló el proceso selectivo y el nombramiento de E.S.R. lo que de acuerdo con la doctrina tradicional el acto nulo no es susceptible de producir efectos jurídicos ya que tiene eficacia ex tunc, esto es, la declaración de nulidad priva de todos sus efectos al acto desde el momento que se produjo. La obligación de ejecutar dicha sentencia determina que no puedan ser valorados a efectos del cómputo de antigüedad los servicios prestado por el Sr. S. pues la citada sentencia anuló el nombramiento de fecha 24 de mayo de 1999 y, en consecuencia, dejó de generar efectos administrativos a favor del funcionario”.

- El interesado presenta recurso potestativo de reposición frente a aquella resolución el 2 de noviembre de 2009, y, posteriormente, ante la falta de resolución expresa, según alega el interesado, presenta recurso contencioso administrativo ante el Juzgado nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, habiéndose celebrado el día 17 de noviembre de 2010 “el juicio” (puede entenderse la vista), estando el proceso pendiente de sentencia a fecha 30 de diciembre de 2010, día de registro de entrada del escrito de alegaciones del interesado en este procedimiento. No obstante, no hay constancia documental en el expediente de revisión de oficio que nos ocupa sobre el referido recurso contencioso-administrativo.

2. El procedimiento de revisión de oficio se inicia por Orden nº 1035/10, de 29 de noviembre de 2010, de la Consejera de Empleo, Industria y Comercio, lo que se notificó al interesado con fecha 14 de diciembre de 2010.

- Con fecha 30 de diciembre de 2010, el interesado presentó escrito de alegaciones en las que solicitó que se dictara Orden declarando no ajustada a derecho la revisión de oficio propuesta por el SCE, e instando a la DGFP al reconocimiento e inscripción de dos trienios correspondientes a los servicios previos prestados antes de conseguir el nombramiento de funcionario de carrera, y tres trienios, correspondientes al período en el que como funcionario del Grupo A, venía trabajando para la Administración, así como los importes correspondientes a los trienios dejados de percibir desde el día 8 de marzo de 2008, y la actualización en la nómina de los cinco trienios a los que considera tener derecho.

Fundamenta el interesado sus pretensiones en las siguientes consideraciones:

1) En relación con las causas de nulidad previstas en la LRJAP-PAC y su invocación en los procedimientos de revisión de oficio, alude a la improcedencia de que puedan verificarse interpretaciones extensivas ni aplicarse a supuestos de hecho dudosos, con cita de doctrina del Consejo de Estado.

2) Respecto al acto presunto estimado por silencio administrativo, hace referencia a su carácter de verdadero acto administrativo, sólo revisable por los procedimientos legalmente establecidos, lo que se cumple en el presente caso, sometido a un procedimiento de revisión de oficio.

3) En cuanto a los requisitos a los que hace referencia el art. 62.1,f) de la LRJAP-PAC indica que sólo son los esenciales y no cualquier requisito los que, por su carencia, generan la nulidad del acto dictado, invocando al efecto expresamente los razonamientos contenidos en el Dictamen N° 778/2010, de este Consejo Consultivo.

4) En relación con el fondo del asunto discutido, hace referencia a los servicios prestados por el interesado desde el 1 de septiembre de 1995 en la Administración sin solución de continuidad, siendo: desde el 1 de septiembre de 1995 hasta el 7 de febrero de 1999, con distintos contratos administrativos; entre el 8 de febrero de 1999 y el 24 de marzo de 2004, como Técnico Superior del Grupo I en virtud de "contrato laboral tácito" celebrado con la Consejería de Industria y Comercio; y desde el 25 de marzo de 2004, como funcionario de carrera en distintos Centros Directivos.

5) De la falta de diligencia de la Dirección General de Función Pública cuando dictó la Resolución de 20 de diciembre de 2005 y lo nombró como funcionario, se deriva la situación actual, pues tal resolución debió haber reconocido expresamente la situación jurídica personal de laboral contratado por la Administración de E.S.R., así como regularizar su antigüedad a efectos económicos.

6) Tras anular la vida laboral del interesado como funcionario, se debió haber añadido el periodo anulado como tal a la situación anterior de contratado administrativo o, en su defecto, de contratado laboral como Titulado del Grupo I al cobrar los haberes con la nómina mensual.

7) Invoca el contenido del art. 82.2 de la Ley 2/1987, de la Función Pública Canaria, y el art. 1 de la Ley 70/1978, de Reconocimiento de Servicios Previos en la Administración Pública.

Finalmente, solicita como prueba: *"1) Su expediente administrativo desde que inició su prestación en la Consejería de Industria y Comercio (1 de septiembre de 1995). 2) Recurso de reposición contra la Resolución n° 915, de 30 de septiembre de 2009, de la DGFP, formulado con fecha 2 de noviembre de 2009."*

- El 2 de febrero de 2011 se emite informe jurídico, en el que se estima conforme a Derecho la propuesta de declaración de nulidad del acto presunto en

cuestión, tras indicar: “(...) *Trasladando lo expresado al caso que nos ocupa, nos encontramos ante un acto administrativo presunto (Resolución presunta del Secretario General del SCE por la que se estima, vía silencio administrativo positivo, la solicitud formulada por E.S.R. con fecha 3 de abril de 2008, reclamando el reconocimiento y abono del tercer trienio con efectos del 8 de febrero de 2008 incluyendo la cantidad no percibida por este concepto en la nómina del mes de marzo) contrario al ordenamiento jurídico, al concederse el reconocimiento y abono del tercer trienio de E.S.R., cuando no se le debía haber computado los servicios prestados por el referido funcionario con apoyo en el nombramiento de fecha 24 de mayo de 1999, por cuanto ese nombramiento fue anulado en virtud de sentencia del TS de fecha 11 de julio de 2003.*

Por tanto, se estima que el acto citado es nulo de pleno derecho por previsión del art. 62.1 j) de la LRTPAC y procede su declaración de nulidad conforme el procedimiento de revisión de oficio (Art. 102 de la citada norma (...)).

- El 7 de febrero de 2011 se emite informe propuesta de orden por la Consejera de Empleo, Industria y Comercio, de resolución del procedimiento de RO, que es remitida a este Consejo Consultivo para la emisión del correspondiente Dictamen.

III

1. Entrando en le fondo del asunto lo que se plantea es si el acto presunto positivo de la administración que es objeto de revisión de oficio está viciado de nulidad por infracción del art. 62.1 f) de la Ley 30/1992, esto es, que se trate de un acto contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

La Administración fundamenta la nulidad de aquel acto en los siguientes argumentos:

“La inactividad de la Administración no impide entrar a cuestionar la legalidad del acto presunto que, en caso de no ser conforme al ordenamiento jurídico vigente podría llegar a ser modificado, anulado o revisado a través de las vías de impugnación de los actos en general, ya que el silencio administrativo no puede servir de excusa para vulnerar dicho ordenamiento (S. núm. 604/98, de 8 de junio, del TSJ Las Palmas), no pudiendo adquirirse por silencio administrativo lo que no sería posible a través de un acto expreso por infringir el ordenamiento jurídico.

En el presente caso, se toma en consideración el Informe del Servicio Jurídico de 7 de diciembre de 2007 (RS n° 11882), emitido a petición de la Dirección General Función Pública acerca de si podría reconocerse los servicios que efectivamente fueron prestados por el Sr. S. entre el día 8 de febrero de 1999 y el 25 de marzo de 2004, al amparo de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública. Dicho Informe concluye que, «atendiendo a la jurisprudencia señalada ha de resolverse en el sentido de que no se computen los servicios prestados simplemente de manera efectiva o de hecho con apoyo en un nombramiento obtenido no legalmente».

En términos similares se pronuncia el Letrado Departamental en su Informe de 2-02-11 (AJD.SCE 1/2011-C), de carácter preceptivo en el presente procedimiento revisor”.

Por otra parte, señala:

“Respecto de los medios de prueba solicitados por E.S.R. en su escrito de alegaciones contra la Orden n° 1035/10, de 29-11-10, al amparo del art. 80 de la LRJPAC, se ha acordado, por un lado, la petición del expediente personal de E.S.R. desde que inició su prestación en la Consejería de Industria y Comercio (1 de septiembre de 1995), para su incorporación al presente procedimiento revisor, aún cuando ya constaba en este Departamento la parte del mismo que justificó el inicio de la revisión de oficio; por otro lado, se rechaza como medio de prueba, al considerarse manifiestamente innecesario, el recurso de reposición que formulara el susodicho contra la Resolución n° 915, de 30 de septiembre de 2009, de la Dirección General de la Función Pública, -cuya copia no aporta amparándose en el art. 35.f) de la LRJPAC-, pues dicho escrito de recurso no desvirtúa las razones que llevaron al inicio del presente procedimiento. No añade nada nuevo”.

2. Resulta imprescindible, para resolver el supuesto que nos ocupa, conocer los antecedentes que se ponen de manifiesto en la Resolución n° 915, de 30 de septiembre de 2009, de la Dirección General de Función Pública.

Al respecto debe tenerse en cuenta que aquella Resolución es actualmente objeto de recurso contencioso administrativo, si bien la sentencia recaerá sobre el carácter inscribible o no del acto presunto, que es lo que se dilucida en la Resolución impugnada, no sobre su nulidad, que es objeto del presente procedimiento de RO.

Los antecedentes referidos son los siguientes:

- El 24 de mayo de 1999, mediante Resolución de la Dirección General de la Función Pública, E.S.R. fue nombrado funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Administradores, Escala de Administradores Generales (Grupo A) de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, en virtud de las pruebas selectivas convocadas por Orden de la Consejería de Presidencia y Relaciones Institucionales de 29 de abril de 1998. El interesado tomó posesión el 14 de junio de 1999.

- El 11 de julio de 2003 la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo anuló el proceso selectivo correspondiente a E.S.R. convocado por la Orden antes mencionada, disponiendo que aquél *“realice de nuevo el segundo ejercicio y que el Tribunal Calificador formule una propuesta final sobre el aspirante a cuyo favor ha de hacerse el nombramiento que inicialmente se propuso para E.S.R (...)”*.

- Por Resolución de la Dirección General de Función Pública, de 25 de marzo, se dispone el nuevo nombramiento de E.S.R. como funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Administradores, Escala de Administradores Generales (Grupo A) de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, con efectos administrativos de 14 de junio de 1999.

- Aquella Resolución es impugnada, resolviéndose, mediante otra Resolución de la Dirección General de Función Pública de 8 de septiembre de 2005, que los efectos habrían de producirse desde la fecha de nombramiento efectivo, esto es, desde el 25 de marzo de 2004.

- Así pues, por Resolución nº 1161, de 20 de diciembre de 2005, de la Dirección General de Función Pública, se nombra a E.S.R. funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Administradores, Escala de Administradores Generales (Grupo A) de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, con efectos a partir del 25 de marzo de 2004.

- Asimismo, el 15 de febrero de 2006, en cumplimiento de la citada Resolución de 8 de septiembre de 2005, se anula, en el Registro de Personal, la vida administrativa previa a la toma de posesión de 25 de marzo de 2004 como funcionario de carrera de la Comunidad Autónoma de Canarias de E.S.R.

A la vista de los antecedentes expuestos, procede hacer las siguientes consideraciones:

- *Por un lado, el artículo primero de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de Reconocimiento de Servicios Previos en la Administración Pública, señala: “Uno. Se*

reconocen a los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, de la local, de la institucional, de la de Justicia, de la de jurisdicción del trabajo y de la Seguridad Social la totalidad de los servicios indistintamente prestados por ellos en dichas Administraciones, previos a la constitución de los correspondientes cuerpos, escalas o plazas o a su ingreso en ellos, así como el período de prácticas de los funcionarios que hayan superado las pruebas de ingreso en la Administración Pública.

Dos. Se considerarán servicios efectivos todos los indistintamente prestados a las esferas de la Administración Pública señaladas en el párrafo anterior, tanto en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino) como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral, se hayan formalizado o no documentalmente dichos contratos.

Tres. Los funcionarios de carrera incluidos en el apartado uno tendrán derecho a percibir el importe de los trienios que tuviesen reconocidos por servicios sucesivos prestados, desempeñando plaza o destino en propiedad, en cualquiera de las mencionadas esferas de la Administración, o en la Administración militar y Cuerpos de la Guardia Civil y Policía armada”.

- Por otro lado, respecto de los trienios, en coherencia con el apartado tres del artículo primero de la citada norma, se establece en el art. 82.2,b) de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria: *“2. Son retribuciones básicas: a) Los trienios, consistentes en una cantidad igual para cada uno de los grupos por cada tres años de servicios. En el supuesto de que los tres años de servicios lo sean en grupos distintos, se computará para todo el período el correspondiente al grupo superior”.*

Que queda acreditado, sin que esté discutido por la Administración, que E.S.R., tras ser anulado su nombramiento como funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Administradores, Escala de Administradores Generales (Grupo A) de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, no se desvinculó de la Administración, sino que continuó prestando sus servicios en la misma si bien no como funcionario de carrera, adquiriendo nuevamente esta condición tras el nuevo nombramiento realizado el 25 de marzo de 2004.

Pues bien, antes de tener este nombramiento, y en tanto permaneció anulado el anterior, no tuvo la condición de funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Administradores, Escala de Administradores Generales (Grupo A) de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, E.S.R., por lo que no generó derecho a las

retribuciones complementarias señaladas en el apartado 3 del artículo. 82 de la Ley de Función Pública Canaria, mas, sí a los trienios devengados por la prestación de servicios efectivos en la Administración, como establece la Ley 70/1978 y la Ley 2/1987 ya citadas.

Así pues, el nombramiento como funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Administradores, Escala de Administradores Generales (Grupo A) de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, de E.S.R. es, ciertamente, requisito esencial para la obtención de los complementos retributivos derivados de tal nombramiento, mas, no de los complementos retributivos derivados de los servicios prestados en la Administración, con independencia del específico puesto de trabajo que se ocupe y del vínculo, sea funcional o contractual, en virtud del cual se realicen. El requisito esencial para la adquisición de los trienios es la efectiva realización del trabajo al que dan lugar, lo cual concurre en el caso que nos ocupa.

Así pues, no son conformes a Derecho los fundamentos en los que basa la Administración la nulidad del reconocimiento presunto de los trienios solicitados por el interesado, pues su reconocimiento no supone la adquisición de derechos sin tener los requisitos esenciales para ello, como establece el art. 62.1,f) de la Ley 30/1992, ya que el nombramiento como funcionario de carrera no es requisito esencial, ni siquiera necesario, para adquirir el derecho a los trienios solicitados, cuyo fundamento no se encuentra, por virtud las Leyes 70/1978 y la Ley 2/1987 que hemos venido citando, en el la consideración de funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Administradores, Escala de Administradores Generales (Grupo A) de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, sino en los efectivos servicios prestados por el interesado en la Administración en virtud de la relación (funcional o) laboral de que se trate, lo que en el presente caso concurre.

La jurisprudencia citada por la PR no es ilustrativa del supuesto que nos ocupa, pues en los casos aludidos se hace referencia al mantenimiento de una relación con la Administración fundada en presupuestos anulados por sentencia, pretendiéndose una retribución *"con apoyo en un nombramiento obtenido no legalmente"*, lo que no ocurre en el presente caso, donde el interesado no pretende la consideración de su condición de funcionario de carrera a efectos retributivos por el periodo en el que fue anulado su nombramiento como tal, sino el reconocimiento de uno de los conceptos retributivos derivados de haber continuado prestando sus servicios en la Administración, si bien no como funcionario del puesto cuyo nombramiento fue

anulado por sentencia. Así se pone de manifiesto por la propia Administración de manera tácita al venir reconociendo el derecho a una de las retribuciones básicas del trabajador: el sueldo, con la correspondiente cotización a la Seguridad Social, entre el 8 de febrero de 1999 y el 24 de marzo de 2004, periodo comprendido entre la anulación y nuevo nombramiento del interesado como funcionario de carrera. Lo contrario supondría un enriquecimiento injusto de la Administración, que ha venido beneficiándose de los servicios prestados por E.S.R. en el periodo transcurrido entre la anulación y el nuevo nombramiento como funcionario, lo que está proscrito por el derecho.

En este punto es donde resulta necesario considerar el apartado dos del artículo primero de la Ley 70/1978 en el que se señala: "Se considerarán servicios efectivos todos los indistintamente prestados a las esferas de la Administración Pública señaladas en el párrafo anterior, tanto en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino) como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral, se hayan formalizado o no documentalmente dichos contratos".

Por tanto, se considera que, de conformidad con todo lo expuesto, la PO no es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Orden objeto del presente Dictamen no se considera ajustada a Derecho, no procediendo declarar la nulidad del acto presunto positivo por el que se le reconoce el derecho de percepción económica al interesado, que ha sido cuestionada.