



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 4 8 / 2 0 1 1

(Sección 1ª)

La Laguna, a 4 de marzo de 2011.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Empleo, Industria y Comercio en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución 09/10032, de 9 de noviembre de 2009, del Director del Servicio Canario de Empleo, por la que se dispone el abono del complemento personal no absorbible a J.R.H.R., personal laboral con destino en el Servicio Canario de Empleo (EXP. 71/2011 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 9 de febrero de 2011, con registro de entrada en este Consejo el 14 de febrero siguiente, la Excm. Sra. Consejera de Empleo, Industria y Comercio, interesa Dictamen, al amparo 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 con lo previsto en los arts. 102.1 y 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).

El Dictamen se solicita en relación con la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 9 de noviembre de 2009, del Director del Servicio Canario de Empleo, por la que se dispuso el abono de un complemento personal no absorbible a J.R.H.R. (la interesada). La nulidad se funda en que el derecho, que se le reconoce, se ha obtenido careciendo su titular de los "requisitos esenciales para su adquisición".

2. Vuelve este asunto por segunda vez a este Consejo, cuya Propuesta de Resolución anterior ya fue dictaminada sobre el fondo por este Consejo (DCC

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

625/2010). Es de tener en cuenta que la Resolución definitiva fue dictada tras vencer el plazo de caducidad dispuesto en la Ley para dictar la Resolución que culmina el procedimiento (art. 102.5 LRJAP-PAC). En efecto, el procedimiento se incoó por Orden de 14 de junio de 2010, mientras que la nulidad fue acordada por Orden 832/2010, de 8 de octubre, de conformidad con el citado Dictamen del Consejo, de 13 de septiembre de 2010.

En consecuencia, la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico de la Consejería informó favorablemente, el 29 de noviembre de 2010, la incoación de nuevo procedimiento revisor.

II

Los hechos de los que trae causa el procedimiento revisor incoado, son los citados en el anterior Dictamen. A continuación se recogen los mencionados hechos, así como las nuevas actuaciones que se han llevado a cabo con posterioridad:

- La interesada prestaba servicios con la *categoría profesional de cuidadora*, en una plaza delegada, en el Instituto Insular de Atención Social y Sociosanitaria (IASS), Organismo Autónomo del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife, en el que percibía un complemento "personal" según acredita el certificado expedido por la Secretaria Delegada del IASS.

- Por Orden de la Consejería de Presidencia y Justicia del Gobierno de Canarias, de 14 de febrero de 2007, se convoca *procedimiento selectivo de promoción interna* para la cobertura de vacantes, correspondientes a diversas categorías profesionales del personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias.

- La Dirección General de la Función Pública dicta Resolución el 13 de agosto de 2008, por la que se aprueba la lista definitiva de adjudicación de puestos de trabajo a los aspirantes aprobados en el procedimiento selectivo convocado, asignando a J.R.H.R. puesto de trabajo *como auxiliar administrativa* en el Servicio Canario de Empleo, tomando posesión el día 5 de septiembre de 2008, dejándosele de abonar el citado complemento.

- El 10 de julio de 2009, la interesada presenta ante el Servicio Canario de Empleo escrito por medio del cual solicita el abono, con carácter retroactivo, del complemento personal que había dejado de percibir desde su incorporación al citado Servicio.

- Mediante Resolución del Director del Servicio Canario de Empleo, de 9 de noviembre de 2009, se dispone el abono del importe del mencionado complemento personal, en las cantidades pendientes de cobrar, correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009.

- Mediante Orden del Consejero de Empleo, Industria y Comercio, de 14 de junio de 2010, se acuerda iniciar procedimiento de revisión de oficio de la anterior Resolución del Director del Servicio Canario de Empleo, por considerar que la misma incurre en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 62.1.f) LRJPAC-PAC.

- Finalizado el procedimiento, tras el trámite de audiencia a la interesada e informe del Servicio Jurídico, se formula Propuesta de Resolución por la que se propone declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución cuestionada, se declara procedente la devolución de los pagos efectuados al amparo de la misma, por el procedimiento que corresponda, de conformidad con la Orden de 1 de febrero de 2007 de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se establece el procedimiento de reintegro de las cantidades abonadas indebidamente en las nóminas del personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias.

- Caducado el procedimiento revisor, el 22 de noviembre de 2010 se dicta por la Excm. Sra. Consejera de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias la Orden número 982/10 por la que se revoca la Orden 832/10, de 8 de octubre de 2010, que declaraba la nulidad de pleno derecho de la Resolución 09/10032, de 9 de noviembre de 2009, del Director del Servicio Canario de Empleo por la que se disponía el abono del complemento personal no absorbible a la interesada y se ordenaba el inicio de un nuevo procedimiento revisor sobre la mencionada Resolución. Con fecha 29 de noviembre de 2010 se realiza informe de la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico departamental, en el que se propone iniciar el procedimiento de revisión de oficio y conceder a la interesada un plazo de 15 días hábiles para audiencia y vista del expediente, proponer las pruebas y hacer las alegaciones que tenga por conveniente. La Orden 1080/10, de 13 de diciembre de 2010 de la citada Consejera, inicia el procedimiento revisor y concede el plazo de 15 días a la interesada para las actuaciones expuestas.

- En escrito de fecha 5 de enero de 2011, J.R.H.R. solicita copia íntegra del expediente y que se proceda a la suspensión del plazo concedido para evacuar el

trámite, con ampliación del mismo en su mitad, es decir, siete días hábiles, según lo previsto en el art. 49, apartados 1 y 2 de la Ley 30 /1992, LRJAP-PAC.

El 10 de enero de 2011 presenta escrito de alegaciones, manifestando su disconformidad con el contenido y fundamentación jurídica de la Orden notificada, número 1080/10, de 13 de diciembre de 2010, sin perjuicio de formalizar las mismas una vez se proceda a entregarle copia íntegra del expediente administrativo y se proceda a la suspensión del plazo concedido. El 13 de enero de 2011 se le entrega la copia del expediente administrativo tramitado y el 3 de febrero de 2011 se le comunica la Orden 33/2011, de 24 de enero de 2011, por la que se deniega la ampliación del plazo para formular alegaciones.

Previamente, el 21 de enero de 2011, la interesada, estimando que se le había concedido la ampliación de plazo pedida, había presentado escrito con las alegaciones que estimó procedentes y proponiendo la prueba solicitada. Además de efectuar consideraciones de fondo, ratificándose en las anteriormente evacuadas, aporta nómina del mes de marzo de 1992 -en la que aparece "la naturaleza no absorbible del complemento personal"- y hoja acreditativa de la vida administrativa, que refleja que la variación de puesto "no afecta la reestructuración de grupos retributivos".

También la interesada propone prueba, documental, sobre los siguientes extremos: aportación de la "Resolución o acto administrativo y asignación presupuestaria inicial por la que se estable(ce) y abona el complemento personal no absorbible objeto del presente procedimiento"; también del certificado a que se hace referencia en la página 7 del Dictamen emitido por este Consejo -según el cual el complemento sería "no absorbible"; y de la certificación del abono inicial de dicho complemento (1988) hasta la fecha, pues las actuaciones sólo hacen referencia "desde el año 1992". Esta prueba no se ha practicada o, al menos, no se ha incorporado su resultado a las actuaciones.

III

1. Pues bien, antes de dictar la Orden de inicio del nuevo procedimiento revisor, por otra de 22 de noviembre de 2010 se procede a "revocar" la de 8 de octubre -que resolvió el primer procedimiento- y a ordenar el "inicio de un nuevo procedimiento revisor", con conservación expresa del informe del Letrado departamental- sin mencionar el resto de las actuaciones- al amparo del art. 5.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo (aprobado por Decreto 181/2005, de

26 de julio), que prescribe que, emitido un Dictamen, "no podrá solicitarse respecto del mismo asunto informe alguno a cualquier órgano autonómico o estatal".

Esta interpretación restrictiva parte del hecho de que, producida la caducidad del anterior procedimiento, no se resolvió su declaración y el archivo de actuaciones, como hubiera procedido (art. 42 LRJAP-PAC), siguiendo la eventual incoación de nuevo procedimiento revisor, sino a la revocación del acto resolutorio del procedimiento (art. 105 LRJAP-PAC). Sin embargo, la revocación de un acto de gravamen y su sustitución posterior, o no, por un acto favorable no se conecta, ni es obviamente presupuesto, de la eventual incoación de un nuevo procedimiento revisor distinto del anterior y que, además, pretende declarar nulo el mismo acto objeto de aquél. Precisamente y como efectivamente es debido, en este nuevo procedimiento se ha llamado a la interesada, que, en sendas ocasiones, ha evacuado escrito de alegaciones manteniendo que el informe de la Asesoría departamental, en el que se basa la revisión, antes y ahora, yerra en ciertas apreciaciones fundamentales para la declaración de nulidad del acto de que se trata.

Por tanto, es asimismo procedente que se informe sobre las alegaciones de la interesada, sin estar limitada la Administración por el citado art. 5.3 del Reglamento de este Consejo, especialmente cuando éste no conoció en su momento las referidas alegaciones al haberse presentado en el actual procedimiento, indebida autolimitación que le ha impedido rebatir las opiniones de la interesada, resolviendo sobre una base que ésta considera errada y no solucionada en el primer procedimiento, con incumplimiento añadido de lo dispuesto en el art. 89 LRJAP-PAC sobre el contenido de la Resolución.

2. Por otro lado y en la misma línea, ha de observarse que la interesada propuso, en defensa de sus intereses y como está facultada a hacer, determinados medios probatorios en orden principalmente a demostrar la que, a su juicio, es la deficiencia esencial en la actuación administrativa en este caso, cual es basarse en un informe inicial que ella considera erróneo como se dijo.

En este sentido, aunque dado lo antes expuesto y las características del procedimiento tramitado pudiera mantenerse la innecesariedad de la práctica de las pruebas propuestas, lo cierto es que la Administración ha de pronunciarse al respecto; lo que indebidamente no ha hecho. Y ello, tanto fuere en aplicación, en todo caso, de lo dispuesto en el art. 79.1 LRJAP-PAC, como lo sea en relación con lo establecido en el art. 80.3 de dicha Ley, debiendo ser sus alegaciones tenidas en

cuenta al redactarse la Propuesta resolutoria, o bien, rechazarse tales pruebas mediante resolución no sólo expresa, sino motivada, justificando que son manifiestamente improcedentes o innecesarias.

3. En definitiva, máxime teniéndose presente que se trata de actos de instrucción del procedimiento, y también que su eventual resultado interesa que sea conocido por este Organismo para emitir apropiadamente su pronunciamiento sobre la referida Propuesta de Resolución y, por ende, sobre la procedencia de la declaración de nulidad que contiene, es necesario subsanar los defectos de tramitación expresados previamente, retrotrayéndose las actuaciones a tal fin, sin caber dicho pronunciamiento sobre el indicado fondo del asunto, sin perjuicio, lógicamente, de deberse considerar, en el momento actual, no conforme a Derecho la Propuesta analizada.

Esto es, ha de emitirse el informe pertinente sobre las alegaciones de la interesada y producirse decisión expresa sobre su propuesta de prueba, recurrible en su caso, recogiendo estas circunstancias y su resultado en la Propuesta de Resolución a formular; lo que ha de hacerse, con contestación al efecto asimismo contenida en ella, tras otorgarse trámite de vista y audiencia a la interesada (art. 89 LRJAP-PAC).

En cualquier caso, procede recordar que, habiéndose iniciado de oficio, como aquí ocurre, el procedimiento revisor caduca a los tres meses de iniciado sin haberse dictado resolución; efecto ope legis que, de acuerdo con lo razonadamente expuesto por este Organismo reiteradamente, no puede obviarse suspendiendo el plazo de caducidad o pretendiendo eludirlo con la aplicación del art. 42.5 y 6 LRJAP-PAC, que no resultan aplicables por los motivos expresados en los aludidos pronunciamientos de este Consejo Consultivo, a los que ahora nos remitimos y que están publicados, especialmente con motivo de la solicitud de nuevo Dictamen.

C O N C L U S I Ó N

Procede retrotraer las actuaciones a los fines explicitados en el Fundamento III.3, no siendo conforme a Derecho la Propuesta de Resolución formulada y, por tanto, dictaminándose desfavorablemente la declaración de nulidad pretendida.