



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 374/2012

(Sección 2ª)

La Laguna, a 31 de julio de 2012.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la Revisión de oficio de la Resolución nº 950, de 13 de junio de 2011, de la Sra. Consejera de Recursos Humanos y Organización, que dispuso el nombramiento de funcionarios/as de carrera en las plazas convocadas de Auxiliar de Administración General correspondiente a la OEP de 2000, únicamente en lo que se refiere a la fecha de efectos del citado nombramiento, por otro de la Resolución nº 940, de 10 de junio de 2011, de la Sra. Consejera de Recursos Humanos y Organización, que dispone el nombramiento del funcionarios/as interinos/as en plaza vacante, únicamente en lo que se refiere a la fecha de efectos del citado nombramiento y, finalmente, del Decreto nº 292, de 4 de febrero de 2008, de la Sra. Consejera de Recursos Humanos y Organización, mediante el cual fue nombrada una funcionaria de carrera, al objeto de dictar otra resolución en la que el nombramiento realizado por el citado Decreto nº 292 lo sea en concepto de funcionaria interina (EXP. 347/2012 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria es la propuesta de resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio, por causa de nulidad de las Resoluciones nº 950, de 13 de junio de 2011 y nº 940, de 10 de junio de 2011, y del Decreto nº 292, de 4 de febrero de 2008, todos ellos actos dictados por la Consejería de Recursos Humanos y Organización.

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo, su carácter habilitante de las declaraciones de nulidad que se pretenden y la legitimación del Presidente del Cabildo para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto citado con el art. 102.1, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC.

3. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten a un Dictamen de fondo.

II

1. La Propuesta de Resolución sometida a Dictamen pretende realizar los siguientes pronunciamientos:

“Primero.- Declarar la nulidad de la Resolución nº 950, de 13 de junio de 2011, de la Sra. Consejera de Recursos Humanos y Organización que dispone el nombramiento de A.R.S.M., A.M.H.C., S.J.P., M.G.R.R., M.O.H.P., M.C.R.D., M.L.R., C.P.R., M.C.O.R. y T.J.C. como funcionarios/as de carrera en las plazas convocadas de Auxiliar de Administración General correspondiente a la OEP de 2000, únicamente en lo que se refiere a la fecha de efectos del citado nombramiento, en base a los argumentos recogidos en el informe del Servicio de Gestión de los Recursos Humanos de fecha 28 de junio de 2012, por concurrir la causa de nulidad del artículo 62.1.a) de la LRJPAC, procediendo a dictar otra en la que se disponga que los efectos del nombramiento se retrotraen, al igual que para el resto de aspirantes no afectados por la ejecución de las citadas Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, a la fecha de toma de posesión de estos últimos, esto es, al día 3 de marzo de 2008.

Segundo.- Declarar la nulidad de la Resolución nº 940, de 10 de junio de 2011, de la Sra. Consejera de Recursos Humanos y Organización que dispone el nombramiento como funcionarios/as interinos/as en plaza vacante en la categoría de Auxiliar de Administración General de M.C.G.J., F.M.V.V., L.B.F., M.L.R.M., L.E.S.S., H.D.S. y N.N.S.S.; únicamente en lo que se refiere a la fecha de efectos del citado nombramiento, en base a los argumentos recogidos en el informe del Servicio de Gestión de los Recursos Humanos de fecha 28 de junio de 2012, por concurrir la causa de nulidad del artículo 62.1.f) de la LRJPAC, procediendo a dictar

otra en la que los efectos del nombramiento se retrotraen al día 3 de marzo de 2008.

Tercero.- Declarar la nulidad del Decreto nº 292, de 4 de febrero de 2008, de la Sra. Consejera de Recursos Humanos y Organización, mediante el cual fue nombrada funcionaria de carrera Y.J.P., en base a los argumentos recogidos en el informe del Servicio de Gestión de Recursos Humanos de fecha 28 de junio de 2012, por concurrir la causa de nulidad del artículo 62.1.f) de la LRJPAC, procediendo a dictarse otra resolución que la considere funcionaria interina en la plaza de Auxiliar de Administración General que venía ocupando desde el 3 de marzo de 2008 hasta el 7 de abril de 2011”.

2. Los antecedentes del presente procedimiento se pueden resumir sintéticamente así:

El Tribunal Calificador del concurso-oposición para la provisión por turno libre de las plazas vacantes de auxiliar de Administración General incluidas en la oferta de empleo público de 2000, concluidas las fases del proceso selectivo elevó el 8 de noviembre de 2007 propuesta de nombramiento de los aspirantes que habían superado dicho proceso. Éstos tomaron posesión como funcionarios de carrera el 3 de marzo de 2008.

Los funcionarios relacionados en la Resolución nº 950 en dicho proceso habían superado la fase de oposición pero quedaron postergados por otros aspirantes en la fase de concurso porque el Tribunal Calificador se negó a valorarles determinados méritos de experiencia profesional que habrían alegado y justificado, por lo que no obtuvieron plaza.

Estos aspirantes postergados, agotada la vía administrativa, acudieron a la jurisdicción contencioso-administrativa, que concluyó con varias Sentencias firmes de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en virtud de las cuales quedó establecido el derecho de los interesados a que les valoraran los referidos méritos y, por ende, la necesidad de retrotraer el procedimiento a la fase de concurso a fin de que se procediera esa valoración.

En ejecución de esas Sentencias se procedió a nueva valoración de los méritos de los aspirantes que condujo a que obtuvieran plaza como funcionarios de carrera las personas designadas en la Resolución nº 950 y que las mencionadas en la Resolución

nº 940 perdieran la que en un primer momento había obtenido como funcionarios de carrera.

La interesada C.Y.J. . superó inicialmente el proceso selectivo por lo que fue nombrada como funcionaria de carrera de la escala de Administración General, subescala de auxiliar por Decreto 292, de 4 de febrero de 2008, y tomó posesión de su plaza el 3 de marzo de 2008.

Esta persona, en virtud de su participación en otro procedimiento selectivo, fue nombrada por Resolución de 6 de abril de 2011, funcionaria interina del Grupo A, subgrupo A2, con la categoría de Técnico Medio de Administración Especial, por lo cual solicitó que se aceptara su renuncia a su condición de funcionaria de carrera de la Escala de Administración General, Subescala de Auxiliar, renuncia que le fue aceptada por al Resolución de 8 de abril de 2011.

Con posterioridad a esta fecha, como consecuencia de la nueva valoración de méritos que, en ejecución de Sentencia, realizó el Tribunal Calificador del procedimiento de selección no fue incluida en la propuesta de nombramiento porque fue superada en méritos por otros aspirantes, sin embargo, su nombramiento por el Decreto 1095 no fue anulado puesto que había renunciado a su condición de funcionaria de carrera de la Escala de Administración General.

3. A.R.S.M., A.H.C., S.J.P., M.G.R.R., M.O.H.P. y M.C.R.P., que son seis de los diez funcionarios nombrados por la Resolución nº 950 presentaron el 2 de enero de 2012 un escrito solicitando la revisión de oficio de dicha Resolución en el extremo en que los nombra funcionarios de carrera en sus respectivas plazas a partir de la fecha en que tomen posesión por considerar que incurre en el vicio de nulidad de pleno Derecho tipificado en el art. 62.1, a) LPAC.

Por acuerdo, de 7 de mayo de 2012, el Consejo de Gobierno Insular, inició el procedimiento de revisión de oficio de las Resoluciones nº 950, de 13 de junio de 2011; nº 940, de 10 de junio de 2011 y del Decreto nº 292, de 4 de febrero de 2008.

III

1. La Propuesta de Resolución para fundamentar la nulidad del concreto extremo de la Resolución nº 950 se remite al informe, de 28 de junio de 2012, del Servicio de Gestión de Recursos Humanos. En este informe se argumenta, con cita de varias Sentencia de Tribunales Superiores de Justicia, que esa Resolución en el extremo en que defiere los efectos del nombramiento a la fecha de toma de posesión de los nombrados, vulnera los arts. 14 y 23.2 de la Constitución puesto que los demás

aspirantes que participaron en el mismo proceso selectivo y a los que no afectó la ejecución de las Sentencias del TSJ tomaron posesión de sus plazas el 3 de marzo de 2008, mientras que los nombrados por la Resolución nº 950 de 13 de junio de 2011, lo hicieron el 16 de junio de 2011, más de tres años después que el resto de aspirantes que obtuvieron plaza en la misma convocatoria. Por esta razón considera que ese extremo de la Resolución nº 950 incurre en la causa de nulidad descrita en el art. 62.1, a) LPAC (lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional).

2. El Tribunal Constitucional ha declarado que “el art. 23.2 de la norma constitucional, concreta, sin reiterarlo, el mandato presente en la regla que, en el art. 14 de la misma Constitución, establece la igualdad de todos los españoles ante la Ley, según hubo ya ocasión de señalar en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, de tal manera que cuando, como aquí ocurre, la queja por discriminación se plantea respecto de los supuestos contenidos en el art. 23.2 y siempre que no se haya verificado la diferenciación impugnada en virtud de alguno de los criterios explícitamente impedidos en el art. 14 (cosa que aquí no se alega) será de modo directo aquel precepto el que habrá de ser considerado para apreciar si lo en él dispuesto ha sido o no desconocido por la decisión que se ataca (STC 50/1986, de 23 de abril, Fundamento Jurídico 4), y se ha reiterado sintéticamente que “al concretar el art. 23.2 CE el derecho a la igualdad en relación con el acceso a la función pública, la genérica alegación el art. 14 debe entenderse comprendida en la más específica invocación del art. 23.2 CE” (STC 107/2003, de 2 de junio, Fundamento Jurídico 4 con cita de numerosas sentencias anteriores).

El examen de su validez se ha de abordar exclusivamente, por tanto, desde el parámetro del art. 23.2 de la Constitución.

3. El art. 23.2 de la Constitución reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. Según la STC 10/1998, de 13 de enero, este derecho garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública con arreglo a las bases y al procedimiento de selección establecido, garantizando su aplicación por igual a todos los participantes e impidiendo que la Administración, mediante la inobservancia o la interpretación indebida de lo dispuesto en la regulación del procedimiento de acceso, establezca diferencias no preestablecidas entre los distintos aspirantes. Una infracción de las bases del procedimiento selectivo que

implique a su vez una vulneración de la igualdad entre los participantes constituye una vulneración del art. 23.2 CE.

De ahí que cuando en virtud de un criterio erróneo unos aspirantes son excluidos de un proceso selectivo y este criterio es corregido por decisión judicial, la Administración está obligada a dispensar a todos los aspirantes un trato igual por exigencia del art. 23.2 CE, lo que se traduce, en primer lugar, en que el criterio corregido judicialmente se debe aplicar a todos los aspirantes, tanto a los excluidos que recurrieron la aplicación del criterio erróneo como a los que se aquietaron antes su exclusión.

Esta doctrina constitucional se reitera en las Sentencias 23/1998, 24/1998, 25/1998, 27/1998, 28/1998, 85/1998, 97/1998, 107/1998.

Pero esta exigencia de que la Administración de un trato igual a todos los participantes en un proceso selectivo comporta, en segundo lugar, que ese mismo trato se dispense tanto a los que en primer momento fueron nombrados como funcionarios como a los que lo fueron en un momento posterior en virtud de la aplicación del criterio corregido judicialmente, por la razón de que éstos debieron haber sido nombrados al mismo tiempo que los primeros pues reunían en esa fecha los requisitos para ello y si no lo fueron se debió a una actuación irregular de la Administración, de modo que los efectos de su nombramiento tardío deben ser los mismos que los de los primeros nombramientos si no se quiere incurrir en una discriminación injusta constitutiva de una vulneración del derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas. Tal es el criterio sostenido por las Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo los Tribunales Superiores de Justicia (SSTSJ de Valencia, de 23 de julio de 1998 RJCA 1998\2724; de Madrid de 3 de marzo de 1999, RJCA 1999\2314; y de 26 de julio de 2005, RJCA 2006\410; de Aragón de 10 de marzo de 2000, JUR 2000\197959 y de 8 de marzo de 2001, JUR 2001\284131).

Según este criterio jurisprudencial, a los aspirantes nombrados en un momento posterior para garantizarles un tratamiento igual a los demás aspirantes que superaron el proceso selectivo y para que no soporten las consecuencias de la actuación errónea de la Administración, su nombramiento debe hacerse con efectos económicos y administrativos a la fecha en que se nombraron a los primeros aspirantes, ya que el art. 57.3 LPAC permite que se dé eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de otros anulados y asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios

existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione los derechos o intereses legítimos de otras personas.

4. Conforme a lo expuesto es claro que la Resolución nº 950 de 13 de junio de 2011 en el extremo en que defería sus efectos a la toma de posesión de los nombrados en vez de establecer su eficacia retroactiva a la fecha en que tomaron posesión los primeros nombrados en el mismo proceso selectivo, lesiona el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas reconocido en el art. 23.2 de la Constitución, derecho que, según el art. 53.2 de la misma, es susceptible de amparo constitucional, por lo que incurre en el vicio de nulidad de pleno Derecho tipificado en el art. 62.1, a) LPAC.

Por ello es adecuada a Derecho la propuesta de resolución en el punto en que pretende declarar la nulidad de ese extremo de la Resolución nº 950 y dispone que se dicte una resolución que disponga que los efectos del nombramiento de los funcionarios designados en ella se retrotraen, al igual que para el resto de los aspirantes no afectados por las citadas Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, al 3 de marzo de 2008, fecha de la toma de posesión de estos últimos, puesto que en esa fecha los mencionados en la Resolución nº 950 ya reunían los requisitos para su nombramiento.

IV

1. La Propuesta de Resolución pretende también declarar la nulidad de la Resolución nº 940 que dispone el nombramiento de funcionarios interinos únicamente en lo que se refiere a la fecha de efectos del citado nombramiento por concurrir la causa de nulidad del art. 62.1, f) LPAC (actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición) y se remite para la fundamentación de la concurrencia de esta causa de nulidad al informe mencionado de 28 de junio de 2012.

En este informe se argumenta que:

“En lo que respecta a la revisión de oficio de la Resolución nº 940, de 10 de junio de 2011, de la Sra. Consejera de Recursos Humanos y Organización, que dispone el nombramiento de M.C.G.J., F.M.V.V., L.B.F., M.L.R.M., L.E.S.S., H.D.S. y N.N.S.S. como funcionarios/as interinos/as en plaza vacante, hay que indicar que la situación de estos funcionarios se encuentra íntimamente relacionada con los

nombrados en el apartado anterior. Los citados en esta apartado tomaron posesión como funcionarios de carrera el 3 de marzo de 2008, y con motivo de la ejecución de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias fueron cesados, tomando a continuación posesión como funcionarios interinos.

De la misma forma que los que han tomado posesión como funcionarios de carrera en el año 2011, debieron hacerlo, para salvaguardar el derecho fundamental a la igualdad (artículos 14 y 23.2 de la CE), el 3 de marzo de 2008, los ahora interinos (antes funcionarios de carrera) deberían ser considerados como funcionarios interinos, no desde el 16 de junio de 2011, sino desde el 3 de marzo de 2008, toda vez que en esta última fecha (atendiendo a la ejecución de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias) no reunían los requisitos para ostentar la condición de funcionarios de carrera al no obtener una de las 43 plazas convocadas. Por ello, nos encontraríamos ante la causa de nulidad del artículo 62.1.f) de la LRJPAC (Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición).

En base a lo anterior, como conclusión procedería declarar la nulidad de la Resolución nº 940, de 10 de junio de 2011 que dispuso el nombramiento como funcionarios interinos de quienes cesaron como funcionarios/as de carrera, dictando otra por lo que los efectos del nombramiento se retrotraen al día 3 de marzo de 2008”.

3. Este Consejo Consultivo en reiterados Dictámenes (Véase por todos el Dictamen 778/2010, de 28 de octubre) ha sostenido:

“La regla general en nuestro Derecho es que son anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (art. 63 LRJAP-PAC). La Administración, cuando estos actos anulables son declarativos de derechos, puede pretender su anulación judicial si concurren los requisitos del art. 103 LRJAP-PAC.

Únicamente si el acto declarativo de derechos firme incurre en alguno de los graves vicios tipificados en el art. 62.1 LRJAP-PAC, la Administración podrá declarado nulo por sí misma a través del procedimiento de revisión de oficio (102.1 LRJAP-PAC). Entre esos vicios graves el art. 62.1, f) LRJAP-PAC incluye aquellos actos que atribuyen facultades o derechos sin que concurren los requisitos esenciales para su adquisición.

Repárese en que el precepto no considera que basta la carencia de cualquier requisito, sino que exige que éste ha de ser esencial. Con esta exigencia el art. 62.1,f) LRJAP-PAC impide que se califique de nulo a cualquier acto administrativo que contradiga el ordenamiento jurídico, sino sólo a aquel que atribuya un derecho a una persona que carece manifiesta y flagrantemente de todo presupuesto para el reconocimiento de ese derecho. Esta interpretación es concorde con el resto de los supuestos de nulidad del art. 62.1 LRJAP-PAC, que sólo contemplan los actos que adolecen de los más graves vicios formales o sustanciales (los que lesionen Derechos Fundamentales, los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, los de contenido imposible, los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, los dictados prescindiendo de todo el procedimiento legal o con violación de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de órganos colegiados). En los demás casos la calificación que corresponde al acto administrativo contrario a la ley es la de acto anulable (art. 63.1 LRJAP-PAC).

El art. 62.1,f) LRJAP-PAC obliga a distinguir entre “requisitos esenciales” y “requisitos necesarios”. Si dentro de los primeros se incluyera cualquier condición necesaria para la validez del acto declarativo de derechos, entonces entraría en la categoría de nulidad radical del art. 62.1 LRJAP-PAC todo supuesto de ilegalidad de un acto declarativo de derechos, en la medida en que dicha ilegalidad se funda siempre en la ausencia de una de las condiciones o requisitos establecidos por el Ordenamiento jurídico. Si se interpreta que todo acto administrativo declarativo de derechos que incurre en cualquier ilegalidad es nulo de pleno derecho, entonces a dichos actos no les serían aplicables los arts. 63 y 103 LRJAP-PAC, lo cual es un absurdo porque contradice el tenor literal del art. 103 LRJAP-PAC, que refiere expresamente su regulación y el régimen del art. 63 LRJAP-PAC a los actos declarativos de derechos. Además, de optarse contra legem por la interpretación que se rechaza, se lesionaría el principio constitucional de seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 de la Constitución; dado que, según los arts. 102.1 y 118.3 LRJAP-PAC, en cualquier momento, es decir, sin limitación de plazo alguna, se puede proceder a la revisión de los actos nulos.

En definitiva, el art. 62.1,f) LRJAP-PAC debe ser interpretado restrictivamente, porque la equiparación de requisito esencial a cualquier requisito necesario aniquila la distinción legal de causas de nulidad y de anulabilidad y el sistema legal de recursos con interposición sometida a plazo.

Por todas estas razones debe reservarse la expresión "requisitos esenciales" para aquellos vicios de legalidad en que el acto carece, no de cualquier requisito legal, sino de aquellos que le son realmente inherentes y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida; de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma".

2. Los funcionarios incluidos en la Resolución nº 940 fueron nombrados inicialmente como funcionarios de carrera. Esos nombramientos fueron anulados en ejecución de Sentencia porque como resultado de la nueva valoración se constató que no reunían, en comparación con los otros aspirantes que resultaron propuestos en virtud de la nueva valoración, los requisitos para ser nombrados funcionarios de carrera. La resolución que los nombró funcionarios de carrera sin reunir los requisitos esenciales para ello sería pues la que adolecería del vicio del art. 62.1, f) LPAC, pero esa resolución ya ha sido anulada en ejecución de Sentencia, por lo que no es objeto del presente procedimiento de revisión de oficio.

El hecho de que la Resolución nº 940 los nombre funcionarios interinos con efectos al día de su toma de posesión como tales y no retrotraiga los efectos de tal nombramiento al 8 de marzo de 2008 no representa la atribución de un derecho a alguien que carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Por ello, no procede la declaración de nulidad con base en la causa del art. 62.1, f) LPAC de ese extremo de la Resolución nº 940.

Tampoco incurre en el vicio del art. 62.1, a) LPAC por considerar que se les da un trato desigual en el acceso a las funciones públicas en comparación con los funcionarios nombrados por la Resolución nº 950, por el hecho de que a éstos la Administración pretende retrotraer los efectos de su nombramiento al 8 de marzo de 2008, ya que para que haya una quiebra de la igualdad es necesario que se trate de manera desigual a sujetos que se encuentran en supuestos de hecho iguales. Es este caso los funcionarios incluidos en la Resolución nº 950 están en una situación distinta de los funcionarios relacionados en la Resolución nº 940. Los primeros reunían los requisitos para ser funcionarios de carrera a la fecha de 8 de marzo de 2008 y para ser tratados de manera igual a los otros aspirantes cuyo nombramiento como funcionarios de carrera tuvo efectos en dicha fecha es necesario, como se vio más atrás, que los efectos de su nombramiento se lleven también a ella. Los funcionarios de la Resolución nº 940 no se encuentran en la misma situación que los de la Resolución, nº 950, por lo que el tratamiento dispensando a estos últimos no puede

constituir un término de comparación para afirmar que a los relacionados en la Resolución nº 940 se les dispensa un trato discriminatorio.

Por la vía excepcional y, por ende, de uso restringido y estricto del procedimiento de revisión de oficio no es posible la modificación de ese extremo de la Resolución nº 940.

Si se considera dicho extremo como lesivo para los afectos entonces su modificación podría realizarse a través de la vía que ofrece el art. 105.1 LPAC en relación con el art. 57.3 de la misma.

3. En cuanto al Decreto nº 292 de 4 de febrero por el que se nombra funcionaria de carrera a C.Y.J.P. el mencionado informe argumento:

“Hay que indicar que esta funcionaria se encuentra en una situación algo distinta a la descrita en el apartado anterior. Siendo nombrada funcionaria de carrera por el Decreto nº 292, se ve afectada por la ejecución de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, no obteniendo ninguna de las 43 plazas ofertadas. A diferencia de los/as anteriores aspirantes citados en el apartado anterior no toma posesión como funcionaria interina en la categoría de Auxiliar de Administración General el 16 de junio de 2011. Previamente, cesa voluntariamente, renunciando a su condición de funcionaria de carrera con efectos de 8 de abril de 2011 (Resolución nº 541, de 08/04/2011), tomando posesión el mismo 8 de abril de 2011 como funcionaria interina en plaza vacante de la categoría de Técnico Medio de Administración Especial. En su expediente consta la citada Resolución nº 541, de 8 de abril de 2011, por la que se acepta su renuncia, pero no consta resolución anulando el nombramiento (Decreto nº 292, de 4/02/2008) como funcionaria de carrera como ha sucedido al resto de interesados que perdieron su condición de funcionarios de carrera.

Aún considerando la distinta situación en la que se encuentra C.Y.J.P., el caso es similar a los anteriores, toda vez que a 3 de marzo de 2008 (atendiendo a la ejecución de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias) no reunía los requisitos para ostentar la condición de funcionaria de carrera al no obtener una de las 43 plazas convocadas. Por ello, al igual que en el caso anterior, nos encontraríamos ante la causa de nulidad del artículo 62.1.f) de la LRJPAC.

*Por tanto, a modo de **conclusión**, en este caso, no procedería la nulidad de la Resolución nº 541, de 8 de abril de 2011 que la nombra funcionaria interina como*

Técnico Medio de Administración Especial, pero sí debería ser declarado nulo el Decreto nº 292, de 4 de febrero de 2008, mediante el cual fue nombrada funcionaria de carrera, procediendo a dictarse otro que la considere funcionaria interina en la plaza de Auxiliar de Administración General que venía ocupando desde el 3 de marzo de 2008 hasta el 7 de abril de 2011”.

4. Respecto a esta argumentación se debe observar lo siguiente:

El acto de nombramiento de un funcionario es el resultado de un procedimiento administrativo, el proceso selectivo, en el cual el conjunto de actos previos que lo integran constituyen su presupuesto. Si una Sentencia ordena retrotraer las actuaciones de ese procedimiento a determinada fase, ello comporta que todos los actos posteriores desaparecen, incluidos el acto final, salvo aquellos cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción que determinó que se retrotrajera el procedimiento.

Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia declararon la nulidad de la Resolución del Tribunal calificador de 8 de noviembre de 2007 que hacía públicas las calificaciones de los méritos de la fase de concurso y de la Resolución final de la misma fecha por la que se proponía el nombramiento como funcionarios de carrera de los aspirantes que superaron el concurso oposición, ordenando que se retrotrajeran las actuaciones a la fase previa de valoración de los méritos de los concursantes.

En ejecución de esas Sentencias se dictó el Decreto 234/2011, de 24 de marzo por la que se ordenó al Tribunal Calificador que valorara los méritos de experiencia profesional a todos los aspirantes de acuerdo con el criterio sentado por dichas Sentencias.

Después de la nueva valoración de méritos y consiguiente nueva propuesta de nombramiento, se dictaron las Resoluciones 668/2011 de 4 de mayo y de 906/2011 de 3 de junio por las que se declaraba la conservación de los actos administrativos concernientes al nombramiento de los funcionarios que en dichas resoluciones se relacionaban porque volvían a figurar en la nueva propuesta de nombramiento formulada por el Tribunal Calificador. Es decir, los anteriores nombramientos de esos funcionarios, entre los que no figuraba C.Y.J.P. eran los únicos que se conservaban. Todos los demás habían quedado anulados por las Sentencias del TSJ y su ejecución. El Decreto nº 292, de 4 de febrero de 2008 ha perdido eficacia en virtud de ellas por lo que no puede ser objeto de un procedimiento de revisión de oficio y si se estimare necesario dictar un nuevo Decreto declarando expresa y formalmente su anulación,

se debe dictar en el seno del procedimiento de ejecución de dichas Sentencias conforme disponen los arts. 103, 104, 105.1, 107 a 109, 112 y 113 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

Por esa razón, no procede la declaración de nulidad del Decreto nº 292.

V

1. Según la legislación de Seguridad Social los funcionarios de carrera no cotizan por desempleo al contrario de los interinos: Esto explica que varios de los funcionarios interinos soliciten que la Administración asuma las cotizaciones por desempleo que les correspondería abonar en caso de que su nombramiento como interinos se retrotraiga a todo el período en que cotizaron como funcionarios de carrera.

T.J.C. alega que, habiendo sido nombrada funcionaria de carrera como consecuencia de la ejecución de Sentencias, se le ha causado un perjuicio económico dado que se le han descontado de sus retribuciones las cantidades correspondientes a cotizaciones por desempleo en el período comprendido entre el 3 de marzo de 2008 y el 15 de junio de 2006 y solicita su devolución.

2. El art. 102.4 LPAC faculta a las Administraciones para que en la misma resolución en la que declaran la nulidad de un acto fijen las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados siempre que se den las circunstancias previstas en los arts. 139.2 y 141.1 de la misma.

El art. 142.4 LPAC establece que la mera anulación de los actos administrativos no presupone derecho a indemnización.

Para que nazca este derecho de los interesados es necesario, por exigencia de los arts. 139.2 y 141.1 LPAC, que el daño sea antijurídico y efectivo.

3. Una infracción jurídica puede que irroque o no daño patrimonial o, lo que es lo mismo, no toda infracción implica necesariamente un daño. Si y sólo si lo causa, surgirá la obligación de repararlo. Así ha sido siempre en Derecho Civil, donde la jurisprudencia de la Sala Iª del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente en relación con el art. 1.101 del Código Civil que la obligación de indemnizar daños y perjuicios no resulta meramente de la realización de un acto ilícito, sino que además es necesario que ese acto haya causado efectivamente daños reales (véanse por todas las SSTS, Sala Iª, de 13 de abril de 1988, Ar. 3145; de 10 de octubre de 1990, Ar.

7592; de 19 de febrero de 1998, Ar. 1166; y de 24 de mayo de 1999, Ar. 4056; que citan numerosas Sentencias mucho más antiguas).

Ello es así porque la indemnización de daños y perjuicios no tiene la función de pena a las infracciones jurídicas, sino una función reparadora del menoscabo patrimonial que en realidad se haya producido: Lo que se persigue con ella es volver a poner al sujeto en la misma situación patrimonial anterior a la producción del daño, de ahí la imposibilidad de que conduzca a un enriquecimiento.

En Derecho Administrativo sucede igual: El art. 142.4 LPAC (cuyo antecedente es el art. 40 del Texto Refundido de la Ley de 26 de julio de 1957, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, LRJAE), establece que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas **no presupone** derecho a la indemnización. Con ello queda claro que la anulación por antijurídico de un acto o precepto reglamentario no implica necesariamente derecho a indemnización. El art. 142.4 LPAC no afirma que de la anulación de un acto administrativo nunca se derivará la responsabilidad de la Administración, ni tampoco dispone que siempre surgirá tal responsabilidad. Simplemente dice que no se da por supuesto el derecho a indemnización, con lo que deja abierta la posibilidad tanto en un sentido como en el otro.

Que la anulación de un acto administrativo sea el presupuesto de la responsabilidad de la Administración depende de que concurren los requisitos determinantes de ésta: La existencia de un daño efectivo, antijurídico, individualizado y evaluable económicamente a un bien o derecho de un particular cuya producción haya sido causada por el acto o reglamento irregulares o por su anulación (arts. 139.1 y 2 y 141.1 LPAC).

Cuando se dice que el daño debe ser antijurídico (la lesión del art. 139.1 LPAC, el daño que no hay deber jurídico de soportar del art. 141.4 LPAC) es claro que la antijuridicidad se está refiriendo al menoscabo patrimonial, no al actuar de la Administración, no al acto o reglamento. Estos últimos pueden ser antijurídicos y sin embargo no ocasionar daños o, aun produciéndolos, éstos no son calificables como lesión porque sobre el ciudadano pesa el deber jurídico de soportarlos.

Como se dice en la STS, Sala IIIª, de 5 de febrero de 1996 (RJ 1996\987): "(...) si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone el derecho a la indemnización (...) sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que tal anulación produjo unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no viene obligado a soportar, no siendo por tanto

el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo (...)".

En la misma línea de considerar que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la mera anulación de resoluciones administrativas, sino que es necesario que se cumplan además los requisitos de lesión antijurídica; daño efectivo, individualizable y evaluable y de nexo causal se pronuncian las SSTS de 31 de mayo de 1997 (RJ 1997\4418), de 28 de junio de 1999 (RJ 1999\7143), de 18 de diciembre de 2000 (RJ 2001\221), de 12 de julio de 2001 (RJ 2001\6692), y de 23 de junio de 2003 (RJ 2003\5786).

4. El primer requisito para que la anulación judicial de un acto administrativo pueda originar la responsabilidad patrimonial de la Administración consiste en que la aplicación del Derecho realizada por ese acto administrativo constituya una lesión que el particular no tiene el deber de soportar (art. 141.1 LPAC).

La aplicación del Derecho no es siempre y en todo caso un proceso rígidamente determinado, mecánico, automático y unívoco.

Al amparo del art. 102.4 LPAC cabe, ciertamente, pronunciarse sobre la indemnización procedente como consecuencia del ejercicio de la revisión de oficio, pero ha de partirse de la base de que ello puede y debe hacerse si resulta palmaria la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración a tenor de las circunstancias del caso. De no ser así, procede ejercer el derecho constitucional a ser indemnizado de los daños producidos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, conforme al procedimiento establecido al efecto que la propia LPAC contempla en sus rasgos básicos. Efectuados los trámites procedentes en el curso del indicado procedimiento podría elucidarse la procedencia de responsabilidad en el supuesto que nos ocupa.

5. Una última observación de índole formal:

La Propuesta de Resolución para su fundamentación se remite al informe, de 10 de enero de 2102, del Servicio de Gestión de Recursos Humanos, sin incorporarlo a su texto, con lo cual contradice al art. 89.5 LPAC en relación con el art. 54.1, b) de la misma.

CONCLUSIONES

1. Es conforme a Derecho la declaración de nulidad de la Resolución nº 950 en el extremo en que defiere los efectos del nombramiento de los funcionarios en ella relacionados a la fecha de su toma de posesión en vez de al 8 de marzo de 2008.
2. No procede la declaración de nulidad de la Resolución nº 940, de 10 de junio de 2011; ni del Decreto nº 292, de 4 de febrero de 2008.
3. Es conforme a Derecho la desestimación de las indemnizaciones reclamadas.
4. La resolución final de este procedimiento ha de recoger en su texto la fundamentación de su parte dispositiva.