



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 9 1 / 2 0 1 3

(Sección 1ª)

La Laguna, a 4 de septiembre de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de la Resolución de la Dirección General de la Función Pública número 337, de fecha 30 de abril de 2012, por la que se autorizó el reingreso al servicio activo del funcionario del Cuerpo Subalterno Á.S.P. (EXP. 285/2013 RO)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución nº 337, de 30 de abril de 2012, de la Dirección General de la Función Pública por la que se autorizó el reingreso al servicio activo del funcionario Á.S.P.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Excmo. Sr. Consejero para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, 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 (LRJAP-PAC).

3. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que impidan un Dictamen sobre el fondo del asunto. Así consta en el expediente que se ha dado audiencia al interesado, se ha emitido Propuesta de Resolución por el D.G. de la Función Pública y se ha recabado el preceptivo informe de la Dirección General del Servicio Jurídico.

---

\* **PONENTE:** Sr. Brito González.

## II

1. Á.S.P., nacido el 4 de agosto de 1944, funcionario de carrera del Cuerpo de Subalternos de la Administración de la Comunidad Autónoma, en virtud de la Resolución nº 1.287, de 14 de noviembre de 2001, por la Dirección General de la Función Pública (DGFP), fue declarado en situación de excedencia voluntaria por interés particular.

2. El 21 de septiembre de 2009, cuando ya había cumplido 65 años de edad, solicitó su reingreso al servicio activo.

3. Por Resolución, de 25 de enero de 2010, de la DGFP se autorizó su reingreso al servicio activo y se le adscribió provisionalmente al puesto de trabajo nº 16.514 de subalterno-conductor de la Consejería de Bienestar Social, Juventud y Vivienda. Esta Resolución se le notificó el 4 de febrero de 2010.

4. El 4 de marzo de 2010 el interesado renunció al puesto de trabajo nº 16.514 y solicitó que se le adscribiera al identificado con el nº 21.347.

5. Por oficio de 24 de marzo de 2010 la Secretaría General Técnica de la Consejería mencionada comunicó a la DGFP que el interesado no había tomado posesión de su plaza dentro del plazo de un mes que establece el apartado I.3 de la Resolución, de 15 de febrero de 1996, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública y de la Secretaría de Estado de Hacienda.

6. Por Resolución nº 237, de 9 de abril de 2010 (según su encabezado, pero registrada con fecha de 12 de abril de 2010) la DGFP, dejó sin efecto la Resolución de 25 de enero de 2010 por no tomar el interesado posesión del puesto de trabajo y se le declaró en situación de excedencia voluntaria por interés particular con efectos desde el 25 de enero de 2010. Esta Resolución se le notificó a Á.S.P. el 15 de marzo de 2010. Contra ella no se interpuso recurso alguno por lo que devino un acto firme y consentido.

7. El 12 de abril de 2010 el interesado interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución nº 51961, de 25 de enero de 2010, por la que se autorizó su reingreso al servicio activo como funcionario de carrera del Cuerpo de Subalterno con adscripción provisional al puesto de trabajo nº 16514 de subalterno-conductor de la Consejería de Presidencia y Justicia, solicitando su nulidad y la condena a la Administración autonómica a autorizar su reingreso al servicio activo al puesto de trabajo nº 21347 como conductor adscrito al Consejo Consultivo de Canarias. Dicho recurso fue desestimado por la Sentencia nº 174, de 22 de mayo de

2012, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santa Cruz de Tenerife (Procedimiento Abreviado nº 176/2010).

El interesado no recurrió la Resolución nº 237, de 9 de abril de 2010, de la DGFP, aunque dicha Resolución sí que estaba incorporada a los Autos, como resulta de que se le cite y se recoja su parte dispositiva en el apartado 7) del primer fundamento de la referida Sentencia.

Á.S.P. interpuso recurso de apelación contra esa Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, recurso que fue desestimado por la Sentencia nº 68, de 27 de marzo de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Santa Cruz de Tenerife, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Procedimiento nº 192/2012).

8. Por escrito presentado el 18 de abril de 2012, el interesado solicitó su reincorporación al servicio activo.

9. Por la Resolución nº 337, de 30 de abril de 2012, de la DGFP, notificada al interesado el 22 de mayo siguiente, se autorizó el reingreso de Á.S.P. con adscripción provisional al puesto de trabajo nº 3.798 de subalterno-conductor de la Presidencia de Gobierno.

10. La DGFP, por Resolución nº 414, de fecha 25 de mayo de 2012, notificada al interesado el 28 del mismo mes, acordó dejar sin efecto la Resolución nº 337, de 30 de abril de 2012, por la que autorizó el reingreso al servicio activo de Á.S.P., denegó su solicitud al respecto y declaró su jubilación forzosa.

Contra dicha resolución el interesado interpuso el 25 de julio de 2012 recurso contencioso administrativo que se resolvió por Sentencia nº 134, de 23 de abril de 2013, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, que estimó el recurso interpuesto por Á.S.P.; anuló la Resolución nº 414, de 25 de mayo, por haberse dictado sin seguir el procedimiento de revisión de oficio los actos declarativos de derechos y reconoció su derecho a ser reintegrado al servicio activo en los términos de la Resolución nº 337, de 30 de abril de 2012.

11. Por la Orden Departamental nº 165, de 28 de mayo de 2013, del Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad, se incoó el presente procedimiento de revisión de oficio de la Resolución nº 337, de 30 de abril de 2012, por considerarla incurso en la causa de nulidad contemplada en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC (*“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”).*

### III

La Propuesta de Resolución considera que la Resolución nº 337, de 30 de abril de 2012, adolece del vicio de nulidad tipificado en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC porque atribuye al interesado el derecho a reincorporarse al servicio activo a pesar de que carece de requisitos esenciales para ello. La fundamentación de que concurre esta causa de nulidad se contiene:

a) En la Consideración Jurídica Tercera del escrito dedicado a desestimar las alegaciones del interesado contrarias a la revisión de oficio y declarar la nulidad de la citada resolución. En este escrito, cuando se examina la cuarta de estas alegaciones, se razona que carece del requisito de haber solicitado la permanencia en el servicio activo con una antelación de dos meses a la fecha de cumplir la edad de jubilación. Allí se dice:

*“Considera el interesado realizada la reserva del derecho a la prolongación de la permanencia en el servicio activo, al declararlo la Administración en excedencia voluntaria por interés particular.*

*Frente a esta argumentación (teniendo en cuenta que la solicitud de reingreso de fecha 21 de septiembre de 2009 la efectuó al mes y 13 días después de haber cumplido los 65 años, siendo ésta la edad reglamentaria de la jubilación forzosa), no se puede entender en ningún caso, como solicitud para la prolongación de la permanencia en el servicio activo pues carece del requisito del plazo, (2 meses antes de cumplir los 65).*

*Este plazo está establecido en la disposición adicional primera de la Resolución de 31 de diciembre de 1996 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, sobre el procedimiento para la aplicación de la prolongación de la permanencia, de aplicación supletoria en base a lo establecido en el art. 149.3 de la Constitución y teniendo en cuenta que esta Comunidad Autónoma no ha dictado las normas de procedimiento necesarias para el ejercicio del derecho de prolongación de la permanencia en el servicio activo, previstas en el art. 33 de la Ley 3011984 de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, LMRFP, que dispone:*

*Los funcionarios que se encuentren en situaciones administrativas distintas a la de servicio activo y que deseen prolongar su permanencia en el mismo para cuando obtengan el reingreso al servicio activo, podrán hacer reserva de este derecho*

*dirigiendo escrito al órgano de jubilación con una antelación mínima de dos meses a la fecha de cumplimiento de la edad de jubilación forzosa”.*

b) En la Consideración Jurídica Cuarta del citado escrito cuyo tenor es el siguiente:

*“El art. 20.e) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en la redacción dada por el artículo tercero del Decreto 232/1998, de 18 de diciembre, establece que en los procedimientos de revisión de oficio, la Dirección General del Servicio Jurídico debe emitir informe preceptivo. Siendo éste favorable, en el sentido de que sí concurre el requisito de nulidad de pleno derecho del art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, por adquirir el funcionario Á.S.P. el derecho al reingreso al servicio activo sin cumplir el requisito esencial de haber solicitado y obtenido la prolongación de la permanencia en el servicio activo”.*

c) En la Consideración Jurídica Quinta del mismo que concluye señalando que el acto sometido a revisión de oficio atribuye al funcionario el derecho al reingreso careciendo del requisito esencial de la edad reglamentaria.

En coherencia con esta fundamentación la parte dispositiva del escrito (proyecto de orden del Consejero) considera que procede:

*“Declarar la nulidad de pleno derecho de la resolución de esta Dirección General de la Función Pública nº 337 de fecha de 30 de abril de 2012, mediante la cual se autorizó, el reingreso al servicio activo del funcionario del Cuerpo Subalterno Á.S.P., por tener cumplidos con fecha 4 de agosto de 2009, los sesenta y cinco años, edad que fija el Estatuto Básico del Empleado Público para la jubilación forzosa, y no haber solicitado la prolongación de la permanencia en el servicio activo”.*

## IV

1. El interesado alega la excepción de cosa juzgada y consiguiente imposibilidad de proceder a la revisión de oficio ya que la Administración no puede instar la revisión de oficio de un acto cuando las causas de revisión ya han sido analizadas y desestimadas en un proceso judicial. Así sucede en:

a) La Sentencia de 22 de mayo de 2012 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santa Cruz de Tenerife y la Sentencia del TSJ de Canarias,

sede de S/C de Tenerife, de 27 de marzo, confirmaron la legalidad de la Resolución de 25 de enero de 2010 que declaró su derecho al reingreso al servicio activo.

b) La Sentencia de 23 de abril del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Santa Cruz de Tenerife que anuló la Resolución nº 414, de 25 de mayo de 2012, de la DGFP que dejó sin efecto la Resolución nº 337, de 3 de abril de 2012 de la DGFP y reconoció su derecho a ser reintegrado en el servicio activo en los términos de esta última Resolución.

Respecto a la alegación a), se debe considerar que la existencia del derecho al reingreso al servicio activo estaba sometido a la condición legal de que el interesado tomara posesión del puesto de trabajo nº 16.514 en el plazo de un mes. El interesado renunció a ese puesto de trabajo, por lo que pasó a la situación de excedencia voluntaria por interés particular perdiendo toda eficacia la citada resolución, tal como declaró expresamente la Resolución nº 237, de 9 de abril de 2010, de la DGFP.

La alegación b) tampoco puede ser estimada porque el recurso que resolvió la Sentencia 134/2013 se dirigió únicamente contra la Resolución 414/2012 y, por ende, el objeto de esa Sentencia fue exclusivamente dicho acto administrativo al cual anuló por motivos formales, mientras que el objeto del presente procedimiento de revisión de oficio es otro acto administrativo distinto, la Resolución 337/2012.

A este respecto la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha declarado en su Sentencia de 30 de junio de 2003:

*“El principio o eficacia de cosa juzgada material -que es de la que se trata- se produce cuando la cuestión o asunto suscitado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en otro anterior por la resolución judicial en él recaída. Tal manifestación de la cosa juzgada, que consagraba el art. 1252 del CC y ahora el art. 222 de la LECiv/2000, atiende de manera especial a la seguridad jurídica, evitando que la discusión jurídica se prolongue indefinidamente mediante la iniciación de nuevos procesos sobre lo que ha sido ya definido o determinado por la Jurisdicción, y, al mismo tiempo, que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias.*

*La cosa juzgada material produce una doble vinculación: de una parte, negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibile el proceso cuando advierte que el objeto de éste coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es sólo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquél no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en*

*éste. Dicho en otros términos, el órgano judicial del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su «thema decidendi» cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como punto de partida.*

*En su vertiente negativa, la excepción de cosa juzgada tenía su expresa consagración en el art. 82.d) LJCA -art. 69.d) LJCA- dando lugar a la declaración de inadmisibilidad del recurso Contencioso-Administrativo. Y, en una jurisprudencia que por reiterada excusa la cita concreta de los pronunciamientos de esta Sala que la conforman, se ha configurado dicha causa de inadmisión en torno a la comprobación de la identidad de las pretensiones: de la que fue objeto del proceso decidido por sentencia firme y de la que lo es del nuevo proceso en que se hace valer la causa de inadmisión. Así han de contrastarse los tres elementos: a) identidad subjetiva de las partes y de la calidad en que actúan; b) causa de pedir, «causa petendi», o fundamento de la pretensión; y c) «petitum» o conclusión a la que se llega según los hechos alegados y su encuadramiento en el supuesto abstracto de la norma jurídica invocada. Ello, sin perjuicio de las peculiaridades que en el proceso contencioso-administrativo derivan del objeto de la pretensión y que hace que sea un específico elemento identificador de la cosa juzgada el acto administrativo (la actuación de la Administración) o la disposición objeto de las pretensiones impugnatorias. O, dicho en otros términos, si en el posterior proceso la res de qua agitur es un acto (actuación) o una disposición diferente del que se enjuició en la resolución judicial firme anterior, ya no puede darse el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, salvo que el acto (actuación) o la disposición objeto del segundo proceso sean meras repeticiones del que se juzgó en el primero.*

*Así esta Sala ha señalado: «la cosa juzgada tiene matices muy específicos en el proceso Contencioso-Administrativo, donde basta que el acto impugnado sea histórico y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente» (...). Y además, claro está, la apreciación de la excepción de cosa juzgada exige que se trate no sólo del mismo acto, disposición o actuación material sino también de la misma pretensión u otra sustancialmente idéntica a la que fue objeto del proceso anterior (...). Si en el proceso posterior sobre el mismo acto, disposición o actuación*

*cambian la «causa petendi» o el «petitum» de la pretensión examinada y decidida en la resolución judicial firme anterior tampoco operará en su función negativa la cosa juzgada.*

*El efecto prejudicial positivo dependerá de la conexión entre el acto, disposición o actuación juzgados y el acto, disposición o actuación respecto de los que se invoca dicho efecto en el proceso ulterior”.*

2. Partiendo del hecho de que la Administración ha recurrido la Sentencia 134/2013, el interesado afirma que con ello *“impugna en apelación la indicada resolución nº 337”* y al mismo tiempo *“cuestiona, en vía administrativa, su nulidad de pleno derecho”*, lo cual a su juicio constituye un fraude de ley.

En el apartado anterior ya se indicó que la Sentencia 134/2013 no tenía por objeto examinar la validez de la Resolución 337/2012, sino la de otro acto distinto, por lo que recurrir en esa Sentencia no puede representar que *“se impugne en apelación”* la mencionada Resolución. También allí se explicó por qué esta Resolución puede ser objeto de un procedimiento de revisión de oficio. Por ambas razones, tampoco la alegación de fraude de ley puede ser estimada.

3. También se alega de contrario que no concurre la causa de nulidad definida por el art. 62.1.f) LRJAP-PAC porque la Resolución, nº 237, de 12 de abril de 2010, de la DGFP lo declaró en situación de excedencia voluntaria con efectos desde el 25 de enero de 2010 *“por lo que si consta realizada reserva del derecho a la prolongación de permanencia en el servicio activo”*.

Esta alegación debe ser desestimada, puesto que si bien el interesado solicitó la reincorporación al servicio activo, la Resolución de 25 de enero de 2010 de la DGFP se la concedió, como ya dijimos, pero con la condición legal de que tomara posesión del puesto de trabajo asignado, lo que no hizo renunciando a la plaza asignada. Por esto, la Resolución 237, de 9 de abril de 2010 de la DGFP declaró que la Resolución de 25/I/2010 carecía de efectos y lo declaró en situación de excedencia voluntaria por interés particular con efectos desde el 25 de enero de 2010 (desde el año 2001 hasta esa fecha el interesado estaba en esa situación). La Resolución 237/2010 no contiene ningún pronunciamiento sobre la prolongación en el servicio activo de Á.S.P.

4. También se aduce por el interesado que para el supuesto de que el acto administrativo fuera anulable, el procedimiento ha caducado, porque según el art. 103.2 LRJAP-PAC, el procedimiento de declaración de lesividad caduca a los seis meses de iniciado el mismo.



El presente procedimiento es el de revisión de oficio, no el de declaración de lesividad. Este procedimiento se incoó por la Orden Departamental de 28 de mayo de 2013, por consiguiente, a la fecha de hoy no está caducado.

5. La sexta alegación no es propiamente tal, sino una solicitud de indemnización de daños y perjuicios prevista en el art. 102.4 LRJAP-PAC. Estos daños consisten en la no percepción del sueldo desde que la Resolución 337/2012 autorizó su reingreso al servicio activo. Esta Resolución es la que se pretende revisar. Si se concluyere que incurre en nulidad de pleno Derecho, entonces no procederá el reingreso al servicio activo y la consecuente percepción de emolumentos desde la fecha en que se dictó, porque ese reingreso y las percepciones a él ligadas eran antijurídicos. Sólo si se optare por la alternativa contraria, entonces procederá el abono del sueldo correspondiente al período en que el interesado no se incorporó al servicio a causa de una actuación antijurídica de la Administración.

## V

1. Antes de entrar en el fondo de la cuestión hay que recordar que en materia de competencia autonómica, como es el régimen estatutario de los funcionarios de su Administración, sobre la cual la Comunidad Autónoma ostenta competencias de desarrollo legislativo, las normas estatales aplicables son las que tienen carácter formalmente básico porque así han sido calificadas expresamente por Ley de las Cortes Generales. Las normas reglamentarias estatales sólo pueden ser aplicadas como normas de naturaleza básica si la Ley que establece normas básicas remite su desarrollo necesario a un reglamento estatal y califica de tal a éste.

2. También se ha de recordar que la aplicación con carácter supletorio del Derecho estatal en materia de competencia autonómica depende de que exista una laguna del Derecho en la normativa autonómica al entenderse que un supuesto de hecho no está regulado o lo está de forma insuficiente. La existencia de la laguna en el Derecho autonómico se ha de determinar a partir de sus propias regulaciones, no por comparación con la normativa estatal. Si resulta que la regulación autonómica es completa y por tanto aplicable, no se puede aplicar normas estatales como Derecho supletorio por el simple hecho de que regulen cuestiones que no regula la legislación autonómica. Si ésta no las regula, puede ser porque ha establecido un régimen diferente que no necesita disciplinar esas cuestiones o porque ha considerado que no necesitan regulación. Sólo si partiendo del propio Derecho autonómico resulta que

esos supuestos deben estar forzosamente regulados y no lo están, entonces cabe recurrir al Derecho estatal no básico como Derecho supletorio.

3. Igualmente se ha de recordar que la legislación básica sobre función pública está recogida actualmente en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP, que ya estaba en vigor a la fecha en que se dictó la Resolución 337/2012.

Según su Disposición Derogatoria y su Disposición Final IV.1, los efectos directos de sus arts. 16 a 20 (carrera profesional y promoción interna), 21 a 30 -excepto el art. 25.2- (retribuciones) y 78 a 84 (provisión de puestos de trabajo y movilidad) y consiguiente derogación de los preceptos básicos estatales que regulaban esas materias queda aplazada a la entrada en vigor de las leyes autonómicas de función pública que, con respeto de dichas bases, regulen esos aspectos de la relación funcional. Pero si ya existe legislación autonómica previa al EBEP que desarrolla sin contradecirlos esos preceptos básicos, entonces éstos se aplicarán conjuntamente con la normativa autonómica, sin que sea necesario para su aplicación que la Comunidad Autónoma apruebe nuevas leyes sobre esos aspectos.

Todos los preceptos de la anterior legislación básica estatal mencionados en su D.D. y que regulaban otros aspectos del estatuto funcional distintos de los regulados por los preceptos del EBEP referidos en su D.F. IV quedaron derogados con la entrada en vigor del EBEP. Véase en tal sentido la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012. En el Fundamento V de esta sentencia se razona así:

*“Pasando ya al análisis del único motivo de casación promovido, no compartimos la tesis de la parte recurrente que pretende sostener la vigencia de la normativa anterior sobre jubilación y prolongación de la permanencia en el servicio activo de los funcionarios públicos tras cumplir la edad de jubilación forzosa (en concreto, el art. 33 de la Ley 30/1984; la Disposición adicional séptima de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre y la resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 31 de diciembre de 1996, estimando, por el contrario, que la sentencia recurrida ha realizado una correcta interpretación y aplicación del art. 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público perfectamente compatible con la doctrina fijada por este Tribunal Supremo en sentencia de 10 de marzo de 2010.*

*La Disposición derogatoria única, apartado b) del Estatuto Básico del Empleado Público deroga, entre otros preceptos y con el alcance establecido en su Disposición final cuarta, el art. 33 de la Ley 30/1984. Por su parte, la jubilación y, en concreto,*

*la prolongación de la permanencia en el servicio activo se encuentra ahora regulada en su art. 67, apartado 3, precepto que forma parte del Capítulo II del Título IV del Estatuto Básico del Empleado Público.*

*Si se pone en relación dicha ubicación sistemática con lo prevenido en los apartados 1 y 2 de su Disposición final cuarta, es claro que, por un lado, el referido art. 67.3 entró en vigor y comenzó a producir efectos al mes de publicarse en Estatuto en el Boletín Oficial del Estado, resultando directamente aplicable desde tal fecha, y, por otro, que el art. 33 de la Ley 30/1984 quedó definitivamente derogado desde dicho momento, siendo de todo punto improcedente la pretensión del recurrente de mantener una suerte de aplicación transitoria de dicho precepto como decimos derogado sobre la base de que, en el ámbito de la Comunidad Autónoma gallega, no se había adoptado al tiempo de tener que resolverse su solicitud de prolongación de la permanencia en el servicio activo, la legislación de función pública que desarrollara lo prevenido en dicho art. 67.3.*

*Esa falta de desarrollo normativo (...) en ningún caso puede resucitar una norma estatal expresamente derogada por el Estatuto Básico del Empleado Público por cuanto a lo ya razonado hay que añadir que esta Sala también ha rechazado que, en relación con dicha normativa anterior, pueda entrar en juego lo prevenido en el apartado 3 de su Disposición final cuarta puesto que, como dijimos en el Fundamento de derecho quinto de la sentencia de 20 de marzo de 2012:*

*«(...) Por último no resulta aceptable la tesis de que la Disposición final Cuarta apartado tercero de la Ley 7/2007 determine la vigencia de la normativa anterior sobre la jubilación, pues una cosa son "las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este estatuto", que son las aludidas en dicha Disposición Final, y que corresponde al plano de organización, y otra muy distinta las rectoras del régimen estatutario del funcionario, y en concreto las que rigen su jubilación» .*

*Por tanto, el análisis e interpretación realizada del art. 67.3 en relación con la Disposición derogatoria única y Disposición adicional cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público nos llevan a confirmar, en este extremo, los razonamientos efectuados por la Sala de instancia cuando negó la procedencia de aplicar el art. 33 de la Ley 30/1984 antes vigente y el resto de normativa antes vigente a la solicitudes de prolongación de la permanencia en el servicio activo que, como la de recurrente, se formuló una vez había entrado en vigor el Estatuto. Y sin que a lo*

*anterior obste el contenido de las Instrucciones para la aplicación del referido Estatuto en el ámbito de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos, publicadas por resolución de la Secretaría General para la Administración Pública, de 21 de junio de 2007, puesto que ni el recurrente se encuentra incluido en el ámbito de aplicación del mismo, ni es el enjuiciamiento de la conformidad a derecho del contenido de tales Instrucciones el objeto de la controversia que aquí se nos plantea .*

*Y en cuanto al derecho subjetivo que reclama el recurrente a que se prolongue la permanencia en el servicio activo, debemos reiterar lo ya dicho en un reciente precedente también referido a la denegación de tal prolongación a un funcionario de la Universidad de A Coruña. Y así, en el Fundamento de derecho octavo de la sentencia de esta Sala y Sección de 29 de octubre de 2012 razonamos lo siguiente:*

*(...) La doctrina jurisprudencial recogida en sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 7 de abril de 2011, de 16 de abril de 2012 y 24 de septiembre de 2012, dictadas en interpretación de las normas reguladoras de la prolongación en el servicio activo, se pronuncia en el sentido de que no cabe ninguna duda de que tales preceptos imponen a la Administración la carga de motivar su decisión sobre la prolongación solicitada, tanto para aceptarla como para denegarla. Por consiguiente, no cabe entender que en las indicadas normas se establezca un inequívoco derecho para el interesado, como pretende el recurrente en esta litis, sino la necesidad de que la Administración justifique la autorización o denegación de la solicitud de prórroga. De tal forma, que la conclusión final que se extrae es que esa prolongación en el servicio activo constituye un derecho subjetivo del funcionario, pero un derecho que no le es reconocido de manera absoluta sino, por el contrario, condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio; así como que recae sobre dicha Administración la carga de justificar esas necesidades organizativas que deben determinar la concesión o denegación de la prolongación”.*

4. En virtud de la Disposición Derogatoria del EBEP, con la entrada en vigor de éste desde el 13 de abril de 2007 quedaron derogados, en lo que aquí interesa, el art. 29.3.c) y el art. 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, LMRFP. La Propuesta de Resolución cita este último precepto para justificar la aplicación como Derecho supletorio de la Resolución, de 31 de diciembre de 1996, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública

que establece "*Normas complementarias del Procedimiento para la Aplicación de la Prolongación de la Permanencia en el Servicio Activo a los funcionarios públicos en el ámbito de la Administración General del Estado*", ya que no existen normas autonómicas de desarrollo reglamentario del art. 33 LMRFP. Una vez justificada así la aplicación de estas Normas Complementarias, razona que, según éstas, el funcionario que esté en una situación administrativa distinta de la de servicio activo y que desee prolongar su permanencia en el mismo para cuando reingresen al servicio, podrán hacer reserva de este derecho de reingreso solicitándolo con una antelación mínima de dos meses a la fecha de cumplimiento de la edad de jubilación forzosa; y como Á.S.P. no formuló esa solicitud dentro de dicho plazo, la Resolución 337/2012 adolece del vicio de nulidad del art. 62.1.f) LRJAP-PAC porque le atribuyó el derecho al reingreso al servicio activo sin cumplir el requisito esencial de haber solicitado y obtenido la prolongación de la permanencia en el servicio (Consideración Jurídica III, respuesta a la cuarta de las alegaciones, Consideración Jurídica IV). Aunque también, sin fundamentarla, afirma la Propuesta de Resolución la nulidad de la Resolución 337/2012 porque le atribuyó ese derecho de reingreso a pesar de que había cumplido la edad de jubilación forzosa (Consideración Jurídica III, respuesta a la tercer y a la quinta alegación, apartado primero del parte Resuelvo).

No se puede aducir la carencia de desarrollo reglamentario autonómico de una norma básica derogada para aplicar como Derecho supletorio el desarrollo reglamentario estatal. Si el art. 33 LMRFP está derogado no hay ninguna necesidad de normas reglamentarias autonómicas de desarrollo; en otros términos, no existe una laguna en el Derecho autonómico por la carencia de desarrollo de un precepto básico que obligue a recurrir al reglamento estatal. No siendo aplicable éste, no se puede afirmar que la infracción de una disposición de éste constituye la ausencia de un requisito esencial para la atribución del derecho de reingreso.

5. Por otro lado, es dudoso en este supuesto que la infracción de un plazo constituya la carencia de un requisito esencial para la obtención del derecho al reingreso al servicio activo si se atiende a que en anteriores Dictámenes hemos argumentado que 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 declarar nulo por sí misma a través del procedimiento de revisión de oficio (102.1 LRJAP-PAC). Entre esos vicios graves se incluye en el apartado f) del art. 63 a los actos que atribuyen facultades o derechos sin que concurren los requisitos esenciales para su adquisición. No 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.

El art. 62.1.f) LRJAP-PAC obliga a distinguir entre "*requisitos esenciales*" y "*requisitos necesarios*" y 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 (cfr. Dictamen 469/2010).

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, es decir, los que constituyen el presupuesto inherente a la estructura definitoria del acto, 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.

6. Pero es más, los arts. 29.2.c) y 33 LMRFP no contemplaban el supuesto de la prolongación de la permanencia en el servicio activo de los funcionarios en situación de excedencia voluntaria. Esta era una cuestión que corresponde a la legislación autonómica de desarrollo; la cual, si así lo consideraba conveniente, podía establecer un derecho de los funcionarios en situación de excedencia voluntaria a reincorporarse al servicio activo desde tal situación una vez cumplidos los sesenta y cinco años de edad, como también podía establecer lo contrario. Para determinar si existe tal derecho para los funcionarios autonómicos sólo hay que atenerse a la legislación autonómica de función pública. Si ésta no lo contempla, entonces no existe tal derecho para sus funcionarios. Ese derecho fue creado *ex novo* por las Normas Complementarias de 1996, ya mencionadas, dictadas exclusivamente para los funcionarios de la Administración General del Estado o de la Administración Autonómica o Local pero que estuviesen prestando servicios en la Administración

Estatal, -sustituidas en el aspecto analizado por la Instrucción para la aplicación del EBEP dictada por la Secretaría General para la Administración Pública (Resolución 21 de junio de 2007)-.

El hecho de que lo creara esa norma reglamentaria estatal y no la legislación autonómica, no significa que en ésta existiera una laguna legal que obligara a recurrir a la aplicación supletoria del Derecho estatal. Ya se explicó más arriba que la existencia de tales lagunas en el Derecho autonómico sólo se puede determinar a partir del propio Derecho autonómico, no por su comparación con el Derecho estatal no básico. La divergencia de regulación entre éste y aquél en todas aquellas cuestiones cuya regulación la legislación básica entrega al legislador autonómico es una característica propia y constitucionalmente garantizada del Estado autonómico en todas aquellas materias que no son de competencia estatal.

Por consiguiente, si la legislación autonómica establece que para la prolongación de la permanencia en el servicio activo es requisito esencial estar en tal situación y no contempla que esa permanencia en el servicio activo pueda ser obtenida desde una situación distinta como la de excedencia voluntaria, entonces se trata de una regulación completa y coherente, sin lagunas que requieran ser colmadas con normas reglamentarias estatales. Si éstas, en el ámbito que corresponde al desarrollo reglamentario estatal, no al de la legislación autonómica de desarrollo, quieren crear un nuevo derecho para sus funcionarios, esto no puede implicar nunca que por esas normas reglamentarias estatales surja ese derecho en el ámbito de la función pública autonómica.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional 37/2002 y 1/2003 y el Auto 85/2013 confirman que la expuesta es la concepción correcta: En todas estas resoluciones se afirma que todo aquello que no esté contemplado por la legislación básica estatal en materia de función pública es competencia de la legislación de desarrollo autonómica, que la divergencia de ésta con aquélla no afecta en nada a la validez, vigencia y aplicabilidad de las normas autonómicas. La norma autonómica sólo sería objetable constitucionalmente por desconocer la norma básica estatal si la misma comportara una quiebra significada de la mencionada regla básica, de modo que pusiera en cuestión la regulación que ha fijado el legislador básico.

7. La validez de la Resolución 337/2012 sólo se puede determinar a partir de la legislación básica y autonómica de desarrollo vigente a la fecha en que se dictó. En primer lugar hay que atender a los art. 89.2 EBEP, que establece la regulación básica

de la excedencia voluntaria por interés particular y al art. 91 EBEP, que remite a normas de desarrollo la regulación de las condiciones, plazos y procedimientos para solicitar el reingreso al servicio activo.

En segundo lugar, hay que atender a los arts. 63.c) EBEP que establece como pérdida de la condición de funcionario la jubilación y 67.1 y 3 EBEP que establece que la jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad. *"No obstante, en los términos de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla setenta años de edad. La Administración Pública competente deberá resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación"*.

De estos preceptos básicos resulta que la regulación de la reincorporación al servicio activo desde la situación de excedencia por interés particular se remite a la legislación autonómica de desarrollo en materia de función pública, pero a ésta como un todo, no a las particulares normas que desarrollen la regulación del art. 89.2 EBEP. Igualmente, la regulación de la prolongación de la permanencia en el servicio activo una vez cumplidos los sesenta y cinco años de edad está le corresponde a la legislación autonómica de desarrollo sin más límites que la imposibilidad de su prolongación allende los setenta años y la exigencia de motivación de su concesión o denegación.

El EBEP no contempla el supuesto de la reincorporación al servicio activo desde la situación de excedencia voluntaria por interés particular cuando se solicita el reingreso después de cumplida la edad de jubilación forzosa.

8. La regulación de este supuesto corresponde a la legislación autonómica. Únicamente después de examinar ésta se podrá determinar si presenta lagunas por silencio o insuficiencia que obliguen a recurrir al Derecho estatal no básico como supletorio. Esta legislación de desarrollo está formada en primer lugar por la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, (LFPC).

Según el art. 36.2 LFPC la Propuesta de Resolución de la solicitud de prolongación de la permanencia en el servicio activo debe ser formulada por la jefatura superior de personal de la Consejería u Organismo *"en el que preste servicios"* el funcionario. La aceptación o denegación de la solicitud debe motivarse de acuerdo con unos criterios entre los que figura la evaluación del desempeño en los últimos cinco años y el nivel de cumplimiento del horario y de asistencia al trabajo en los últimos tres años. De esta regulación se desprende manifiestamente que para



la prolongación de la permanencia en el servicio activo allende la edad de sesenta y cinco años es requisito esencial estar prestando servicios, que el funcionario esté en situación de servicio activo porque se trata de prolongar la permanencia de esta situación. Desde la situación de excedencia voluntaria por interés particular no es posible obtener la prolongación de la permanencia en servicio activo, porque no se trataría de alargar esta situación sino de reiniciarla.

9. En definitiva, la Resolución 337/2012, al acceder al reingreso al servicio activo al funcionario de sesenta y ocho años de edad desde la situación de excedencia voluntaria por interés particular, le atribuyó el derecho a la prolongación de la permanencia en el servicio activo más allá de la edad de jubilación forzosa sin que reuniera el requisito esencial de hallarse en situación de servicio activo, por lo que incurre en la causa de nulidad tipificada en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

10. Una última observación: la Consideración Jurídica Quinta de la Propuesta de Resolución concluye de este modo “procede la declaración de nulidad del acto presunto positivo declarado en sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria”, lo cual evidentemente es un error porque el objeto de este procedimiento de revisión es el acto expreso recogido en la Resolución 337/2012 el cual no ha sido objeto de pronunciamiento de ninguna Sentencia.

## C O N C L U S I Ó N

Procede la declaración de nulidad con base en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC de la Resolución nº 337, de 30 de abril de 2012, de la Dirección General de la Función Pública que autorizó el reingreso al servicio activo de Á.S.P. porque con ello le atribuyó el derecho a la permanencia en el servicio activo habiendo superado la edad de jubilación forzosa sin que en el interesado concurriera el requisito esencial de hallarse en situación de servicio activo.