

Dictamen nº: **152/13**
Consulta: **Consejero de Economía y Hacienda**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **24.04.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 24 de abril de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre la revisión de oficio de la Orden de 18 de octubre de 2012 por la que se adjudica un puesto de libre designación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 20 de marzo de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, una solicitud de consulta del consejero de Economía y Hacienda, sobre la revisión de oficio de la Orden de 18 de octubre de 2012, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se resuelve la convocatoria para provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación adjudicada a A.F.F. (en adelante, “*el interesado*”).

Admitida a trámite dicha solicitud con la fecha aludida, se le asignó el número de expediente 123/13, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, correspondiendo su ponencia por

reparto de asuntos a la Sección II, presidida por la Excmo. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano.

SEGUNDO.- Del examen del expediente administrativo remitido se desprenden los siguientes hechos relevantes para la emisión del dictamen:

El interesado, funcionario de carrera del Cuerpo de Intervención y Contabilidad de la Administración de la Seguridad Social accedió a un puesto de trabajo convocado al amparo del artículo 55 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid (LFP en adelante) por Resolución de 18 de noviembre de 2003 de la Dirección General de Recursos Humanos de la Comunidad de Madrid, publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid aaa de 2003 (no incorporado al expediente).

Mediante Orden de 21 de junio de 2012 (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 4 de julio de 2012), se convocaron diversos puestos de trabajo para su provisión por el sistema de libre designación en la Consejería de Economía y Hacienda, entre los que se incluía el puesto de trabajo nº bbb denominado "*interventor delegado jefe*" adscrito a la Intervención General de la Comunidad de Madrid.

Según consta en el expediente (folio 25) solicitaron dicho puesto el interesado y otra persona.

Con fecha 10 de septiembre de 2012, se propuso por parte de la Intervención General al interesado para ocupar el referido puesto de trabajo, que ocupaba con carácter provisional desde el 17 de agosto de 2011 si bien "*con efectos administrativos de 16 de julio de 2011*" (folio 16), tras su cese como subdirector general.

La Dirección General de Presupuestos y Recursos Humanos emitió informe favorable con fecha 3 de octubre de 2012 al considerar que los

candidatos propuestos reunían los requisitos exigidos en la convocatoria (folio 29).

El 9 de octubre de 2012, con efectos de 10 de octubre de 2012, la subdirectora general de Ordenación y Desarrollo de los Recursos Humanos de los Organismos Autónomos y Seguridad Social, por delegación del subsecretario del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, acuerda, a petición del interesado su reingreso al servicio activo adscribiéndolo provisionalmente a un puesto de trabajo del servicio público de empleo estatal (folio 32).

En esa misma fecha el subdirector general de Personal de la Consejería de Economía y Hacienda por delegación de firma del secretario general técnico expide una diligencia de cese del interesado por haber reingresado al servicio activo en la Administración General del Estado (folio 34).

El interesado toma posesión del mencionado puesto el día 10 de octubre de 2012 (folio 33).

Mediante Orden, de 18 de octubre de 2012, de la Consejería de Economía y Hacienda (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de ccc de 2012) se resuelve la convocatoria para provisión de puestos de trabajo y se asigna al interesado el puesto de trabajo nº bbb (folio 38), estableciéndose un plazo de tres días para la toma de posesión del referido puesto, sin que conste que ésta se haya producido.

El secretario general técnico de la Consejería de Economía y Hacienda por delegación de firma del consejero con fecha 15 de noviembre de 2012, cesa al interesado en el puesto de trabajo nº bbb, que ocupaba de forma provisional, con efectos administrativos de 9 de octubre de 2012. Los efectos económicos del cese se remiten a la Orden de 16 de enero de 2012, del consejero de Economía y Hacienda, por la que se dictan instrucciones para la gestión de las nóminas del personal de la Comunidad de Madrid.

TERCERO.- Con fechas 20 de diciembre de 2012 y 7 de febrero de 2013, la Subdirección General de Personal de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía y Hacienda emitió informes donde se propone la revisión de oficio de la Orden de 18 de octubre de 2012.

Con fecha 11 de febrero de 2013, notificado el 13 de febrero de 2013, se adoptó por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía y Hacienda el acuerdo de inicio del procedimiento de revisión de oficio de la Orden de 18 de octubre de 2012, de la Consejería de Economía y Hacienda por la que se resuelve la convocatoria para provisión de puestos de trabajo.

Ese acuerdo es notificado al interesado el 13 de febrero de 2013.

Con fecha 22 de febrero de 2013 se notificó al interesado la apertura de trámite de audiencia, sin que conste la presentación de alegaciones dentro del plazo concedido para ello.

Consta informe emitido por el subdirector general de Personal, de 20 de diciembre de 2012, en el que manifiesta:

«(...) hay que señalar que el apartado primero de la Orden de 21 de junio de 2012 (BOCM de 4 de julio) por la que convocan diversos puestos de trabajo para su provisión por el sistema de libre designación en la Consejería de Economía y Hacienda dispone lo siguiente: “se aprueba convocatoria pública para la provisión de los puestos de trabajo que figuran en el Anexo (entre los que se incluye el puesto de trabajo nº bbb denominado “interventor delegado jefe”, Grupo A, NCD 30 y adscrito a la Intervención General), mediante el procedimiento de libre designación, entre funcionarios de carrera al servicio de la Comunidad de Madrid”.

Asimismo el Apartado tercero.5 señala que “los requisitos y condiciones de participación expresados en el presente apartado han de

poseerse en la fecha de entrada en vigor de la presente convocatoria y mantenerse hasta la resolución del procedimiento”.

De acuerdo con lo expuesto, se constata que [el interesado] no poseía los requisitos y condiciones de participación a la fecha de finalización de la convocatoria, dado que al causar baja y reincorporarse en su administración de origen, no cabe la posibilidad de que se le adjudique un puesto de trabajo reservado a funcionarios de carrera al servicio de la Comunidad de Madrid.

Por lo tanto la Orden de 18 de octubre de 2012 (BOCM de ccc), por la que se resuelve la convocatoria para provisión de puestos de trabajo por el sistema de Libre Designación en la Consejería de Economía y Hacienda puede adolecer de un defecto de nulidad, por lo que cabría la revisión de oficio de actos nulos prevista en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común».

Consta un segundo informe del subdirector general de Personal, de 7 de febrero de 2013, en el que, en referencia al anterior informe, manifiesta:

“(...) el citado funcionario tomó posesión con carácter provisional del mencionado puesto de trabajo con fecha de 16 de julio de 2011 y cesó en el mismo con fecha de 9 de octubre de 2012.

Por lo tanto y teniendo en cuenta que la convocatoria para la provisión del puesto de trabajo nº bbb, se realizó mediante Orden de 21 de junio de 2012 (BOCM de 4 de julio), se concluye que [el interesado] prestaba servicios en la Comunidad de Madrid en la fecha de la convocatoria”.

Finalmente, el 8 de marzo de 2013, la instructora del procedimiento firmó propuesta de resolución, concluyendo que procede la revisión de oficio al incurrir la Orden de 18 de octubre de 2012, en lo que se refiere al interesado, en la causa de nulidad del artículo 62.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC).

CUARTO.- El consejero de Economía y Hacienda, de conformidad con el artículo 14.3 de la Ley del Consejo Consultivo, formula mediante oficio de 14 de marzo de 2013 que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 20 de marzo, preceptiva consulta por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excmo. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 24 de abril de 2013.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada y una vez producida su ampliación a requerimiento de este órgano consultivo, se consideró suficiente.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1. f) 2º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y a solicitud del consejero de Economía y Hacienda, en virtud del

artículo 14.1 de la citada Ley en relación con el artículo 32.1 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El consejero de Economía y Hacienda está legitimado para recabar dictamen de este Consejo Consultivo en virtud de lo dispuesto en el ya citado artículo 13.1.f) de la Ley del Consejo, donde se establece que el Consejo Consultivo deberá ser consultado, entre otros asuntos, en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid sobre la posible revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes.

Por remisión, debe traerse a colación el artículo 102.1 de la LRJ-PAC, en que se establece la posibilidad de que las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Para ello será necesario, desde un punto de vista material, que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJ-PAC, y, desde el punto de vista del procedimiento y garantía del ajuste de la actividad administrativa al principio de legalidad, que se haya recabado dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, y que éste tenga sentido favorable.

De este artículo se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en este supuesto carácter vinculante. La referencia que el artículo 102.1 y 2 de la LRJ-PAC hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha, a partir de su creación, al Consejo Consultivo de la

Comunidad de Madrid, creado por la citada Ley 6/2007, de 21 de diciembre.

SEGUNDA.- El objeto del procedimiento de revisión sometido a consulta lo constituye, como ya se ha indicado anteriormente, la Orden del consejero de Economía y Hacienda por la que se resuelve la convocatoria por libre designación de diversos puestos de trabajo adscritos a la Intervención General de la Comunidad de Madrid adjudicando al interesado el puesto bbb que ocupaba con anterioridad de forma provisional.

El artículo 36.1 a) del Estatuto de Autonomía de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, establece que la Comunidad de Madrid goza de la potestad de revisar sus actos en vía administrativa.

El artículo 57 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid establece que la Administración Pública de la Comunidad de Madrid ajustará su actuación al procedimiento administrativo común de la Administración del Estado, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de la Comunidad Autónoma.

La señalada remisión a la legislación del Estado conduce a los artículos 102 a 106 y concordantes de la LRJ-PAC, que regulan la revisión de los actos de la Administración en vía administrativa sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 53.4 de la citada Ley del Gobierno y Administración en cuanto a la competencia de los consejeros para resolver los procedimientos de revisión de oficio respecto de sus propios actos y de los dictados por los órganos de ellos dependientes.

TERCERA.- Al haberse iniciado de oficio la revisión del acuerdo, el procedimiento está sometido a un plazo de caducidad, pues a tenor de lo estipulado en el artículo 102.5 de la LRJ-PAC “*cuando el procedimiento se*

hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses, desde su inicio sin dictarse resolución, producirá la caducidad del mismo”.

El “*dies a quo*” para el cómputo del plazo en los procedimientos que se inician de oficio es desde la fecha del acuerdo de iniciación *ex artículo 42.3 a) de la LRJ-PAC*. En idéntico sentido la Sentencia de Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 72/2003) señala que la fecha de inicio es la fecha del acuerdo de inicio y no de su notificación.

Ello no obstante, dicho plazo de tres meses puede suspenderse al recabarse dictamen del Órgano Consultivo, según el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC (en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) que establece que “*el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender (...) c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o de distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses*”.

Como se infiere del precepto transscrito, la suspensión del plazo no se produce de modo automático, sino que se precisa que la Administración actuante adopte expresamente un acuerdo de suspensión, quedando a su criterio discrecional el adoptar o no un acuerdo al respecto.

En nuestro caso, la incoación del procedimiento de revisión de oficio se realizó mediante acuerdo del secretario general técnico de la Consejería de Economía y Hacienda de 11 de febrero de 2013. Por ello el plazo para resolver el procedimiento expirará el 11 de mayo de 2013, puesto que no consta la adopción de acuerdo suspendiendo el plazo para resolver.

Debe advertirse que, si bien en ocasiones la jurisprudencia ha establecido que los procedimientos de revisión de oficio tendrían como especialidad el que el *dies ad quem* sería simplemente el de la resolución (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008 (recurso 2699/2005)), de tal forma que no habría caducidad si la resolución se dictaba en el plazo legal por más que la notificación se realizase después, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012 (recurso 804/2012) considera que:

“Pues bien, la fecha computable a los presentes efectos no ha de ser la establecida en el seno del procedimiento por la Administración sin conocimiento de su destinatario, sino precisamente, a pesar que el tenor literal de la disposición no lo exija, la de notificación de la resolución del expediente, y ello es así por evidentes razones de seguridad jurídica de una actuación que requiere de su conocimiento por su destinatario, de manera que es unánime la jurisprudencia que identifica la notificación de la resolución que pone fin al expediente como el dies ad quem del cumplimiento de la obligación de su resolución y, por tanto, de la fecha final para el cómputo de la caducidad del procedimiento”.

Por tanto la Consejería de Economía y Hacienda deberá resolver el procedimiento y notificar esa resolución al interesado con anterioridad al 11 de mayo de 2013 para evitar la caducidad del procedimiento.

CUARTA.- En materia de procedimiento, es preciso señalar que aunque no lo establezca expresamente el artículo 102 de la LRJ-PAC, se impone la audiencia de los interesados, trámite contemplado con carácter general en el artículo 84 de la LRJ-PAC, que obliga a que se dé vista del expediente a los posibles interesados, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes en defensa de sus derechos.

Dicho trámite se ha cumplimentado, dando audiencia al interesado con fecha 21 de febrero de 2013.

Hubiera sido deseable que se hubiera dado audiencia a la otra persona que participó en el procedimiento de adjudicación del puesto cuya resolución es objeto de revisión si bien, se ha de considerar una irregularidad no invalidante, ya que no se ha causado indefensión puesto que no se le deriva ninguna consecuencia desfavorable de la revisión de oficio planteada.

QUINTA.- En relación al fondo del asunto, la revisión de oficio que se dictamina se fundamenta en el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC que dispone: *“los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: f) los actos expresos y presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para ello”.*

Dicho supuesto, como en general todos los actos sometidos a un procedimiento de revisión de oficio, sólo puede desarrollarse respecto de actos favorables, aquellos *“por los que se adquieran facultades o derechos”*. Efectivamente, el procedimiento de revisión de oficio está previsto para anular actos declarativos de derechos, justificándose las previsiones garantistas del artículo 102 de la LRJ-PAC en el menoscabo que puede suponer en los derechos e intereses de los administrados, con quiebra del principio de seguridad jurídica, en aras del principio de legalidad que requiere la anulación del acto viciado para acomodar la situación al ordenamiento jurídico. Cuando los actos que se tratan de anular no son constitutivos de derechos, desaparece la necesidad de constreñir a la Administración en la revisión de esos actos, fundamentando razones de celeridad y eficacia la existencia de procedimientos, como el establecido en el artículo 105.1 de la LRJ-PAC, en el que el requisito de actuación se restringe a no contrariar el principio de igualdad ni el ordenamiento jurídico.

En el presente caso, según consta de los datos incorporados al expediente, el interesado no tomó posesión del puesto para el que fue nombrado mediante la Orden de 18 de octubre de 2012, de cuya revisión se trata, en el plazo establecido, lo cual tiene importantes efectos en el presente procedimiento de revisión.

El artículo 57 del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado se remite al artículo 48 en cuanto al régimen de toma de posesión. La toma de posesión, ya sea para adquirir la condición de funcionario de carrera o para adquirir el derecho al puesto de trabajo que le haya sido asignado en el proceso de provisión de puestos, se ha considerado tradicionalmente como una condición imprescindible para la eficacia del nombramiento y, por tanto, para la adquisición del derecho a ocupar el puesto. El derecho al puesto adjudicado mediante la Orden de 18 de octubre de 2012, se hallaba condicionado a la aceptación que se produce con la toma de posesión de manera que no mediando ésta, deviene ineficaz.

Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de septiembre de 2007 (recurso 171/2004):

«La Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 establece en su artículo 36 los requisitos generales para adquirir la condición de funcionarios y que son los siguientes: “superación de las pruebas o cursos de selección correspondientes, nombramiento por la autoridad competente, juramento y toma de posesión de tal manera que mientras no se cumplan con todas estas exigencias no se adquiere la condición de funcionaria y consiguientemente no cabe obtener ninguna de las situaciones propias del mismo” (STS de 25-10-1989); pues «la moderna doctrina científica ha dicho que con el acto de nombramiento hay que entender

terminado el procedimiento de selección. Sin embargo, para que la relación jurídico-funcionarial se perfeccione hace falta todavía un trámite más: la toma de posesión».

En el caso que nos ocupa es palpable que ha transcurrido el plazo para la toma de posesión sin que la misma se haya llevado a efecto, motivo por el cual el derecho al puesto de trabajo inicialmente adjudicado, carece de eficacia y plenitud. Asimismo se observa, que de haber mediado ésta nos encontraríamos con un acto plenamente eficaz pero incursio en la causa de nulidad especificada por la Administración consultante, pues se habría accedido a un puesto para el que era imprescindible la condición de ser funcionario de la Comunidad de Madrid, condición que el interesado perdió cuando reingresó, el 10 de octubre de 2012, en la Administración General del Estado de la que provenía, en aplicación de la previsión contenida en el artículo 61.3 de la LFP. Sólo en este caso se hallaría justificado el procedimiento de revisión de oficio que plantea la Administración consultante, pero teniendo en cuenta la falta de eficacia de la Orden de 18 de octubre de 2012, la Administración, sin acudir a dicho procedimiento, puede, acordar la revocación de la misma aplicando la previsión contenida en el artículo 105.1 de la LRJ-PAC, ya que al no haberse producido la necesaria toma de posesión, no existe adquisición del derecho que dicho nombramiento implica. La ausencia de interés en el puesto se revela asimismo de la falta de actuación del interesado que se plasma en el procedimiento instruido, no constando ninguna alegación en cada uno de los ofrecimientos que en este sentido le ha hecho la Administración.

En suma, puesto que la Orden cuya revisión se pretende no ha llegado a adquirir eficacia para el interesado al no tomar éste posesión en los plazos conferidos, no puede pretenderse su revisión de oficio ya que ha de considerarse un acto ineficaz que no ha generado derechos para el

interesado, presupuesto esencial de la revisión de oficio conforme el artículo 102 de la LRJ-PAC.

En mérito a lo que antecede, este Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede la revisión de oficio de la Orden de 18 de octubre de 2012 del consejero de Economía y Hacienda por la que se adjudicó al interesado del puesto de trabajo bbb “*interventor delegado jefe*”.

El presente dictamen es vinculante.

Madrid, 24 de abril de 2013

