

Dictamen n.º: **256/09**
Consulta: **Consejera de Educación**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **13.05.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 13 de mayo de 2009, sobre solicitud formulada por la Consejera de Educación, al amparo del artículo 13.1.f) 2.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre revisión de oficio de los actos de reconocimiento de los “componentes de formación permanente” (sexenios), segundo y tercero, a J.M.G.F.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13 de abril de 2009 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo solicitud de dictamen preceptivo, en relación con el expediente de revisión de oficio instado por la Consejera de Educación mediante Orden 327/2009, de 2 de febrero, de los actos de reconocimiento de los complementos por formación permanente segundo y tercero.

Admitida a trámite dicha solicitud con la fecha aludida, se le procedió a dar entrada con el número 210/09, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34.1 de 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 V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente, son de interés para la emisión del dictamen los que a continuación se relacionan:

Mediante sendas Resoluciones, de 19 de enero de 2001 y 15 de diciembre de 2000, del Director del Área Territorial de Madrid-Capital de la Consejería de Educación, se reconoció al funcionario docente anteriormente mencionado el segundo y tercer componente por formación permanente (sexenios) con efectos económicos desde el 1 de diciembre de 1994 y el 1 de diciembre de 2000, respectivamente.

El interesado ingresó en el Cuerpo de Maestros el 1 de septiembre de 1984, permaneciendo en él hasta el 31 de agosto de 2003, comenzando el 1 de septiembre de ese mismo año a prestar servicios como profesor de Enseñanza Secundaria.

Analizado el expediente administrativo y económico del interesado, se constata que la fecha de los efectos económicos del reconocimiento de los sexenios ha de ser posterior a la realmente reconocida, pues parte de los servicios computados (1 año, 9 meses y 22 días), no podían serlo a estos efectos, ya que habían sido prestados como Sargento Eventual de Complemento en el Ministerio de Defensa (6 meses, desde el 1 de julio de 1982 hasta el 31 de diciembre del mismo año) y como Agente de Investigación en el Servicio de Vigilancia Aduanera del Ministerio de Economía y Hacienda (1 año, 3 meses y 22 días, desde el 9 de mayo de 1983 hasta el 31 de agosto de 1984, según consta en el certificado de servicios prestados expedido por la Consejería de Educación, si bien en el certificado expedido por el Ministerio de Economía y Hacienda consta la prestación de servicios durante 1 año, 4 meses y 22 días, desde el 9 de mayo de 1983 hasta el 30 de septiembre de 1984), y no en la función pública docente como exige el punto 2.3º del Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1991, por el que se regulan las retribuciones

complementarias del Profesorado de los Centros de Enseñanza Básica, Bachillerato, Formación Profesional y de Enseñanzas Artísticas e Idiomas.

Con fecha 21 de noviembre de 2008 se solicita por el Director del Área Territorial de Madrid-Capital el inicio del procedimiento de revisión de oficio de los sexenios números dos y tres, previsto en el artículo 102 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). Se considera que el segundo sexenio, que se reconoció con efectos económicos desde el 1 de diciembre de 1994 lo debía haber sido con efectos desde el 1 de septiembre de 1996 y el tercero, reconocido con efectos desde el 1 de diciembre de 2000 lo debía haber sido con efectos desde el 1 de septiembre de 2002.

Dicho procedimiento de revisión se fundamenta en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC al tratarse de actos contrarios al ordenamiento jurídico por el que se adquieren unos derechos careciendo de los requisitos esenciales para ello.

Mediante Orden de la Consejera de Educación número 327/2009, de 2 de febrero, se acordó el inicio del procedimiento de revisión de oficio. Dicha Orden fue notificada al interesado con fecha 12 de febrero de 2009.

Concluido el trámite de audiencia, sin que el interesado haya formulado alegaciones y de acuerdo con el informe favorable de los Servicios Jurídicos en la Consejería de Educación, de 10 de marzo de 2008, se formula, el 10 de marzo de 2009, por el Secretario General Técnico de la Consejería de Educación propuesta de resolución de declaración de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos de reconocimiento de los complementos por formación permanente (sexenios) números dos y tres a J.M.G.F.

Se acuerda suspender el procedimiento desde la fecha de solicitud de dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, hasta la

recepción del mismo, de conformidad con el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, siendo notificado dicho acuerdo al interesado el 31 de marzo de 2009.

En este estado del procedimiento se remite el expediente al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitando la emisión del preceptivo dictamen, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 102 de la LRJ-PAC y 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.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen a solicitud de la Consejera de Educación, legitimada para recabar dictamen de este Consejo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la citada Ley del Consejo Consultivo, 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 informe emitido es preceptivo a tenor del artículo 13.1.letra f) 2º de la Ley del Consejo Consultivo que *ad litteram* dispone: “1. *El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid (...) sobre (...) 2.º Revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes*”.

Por remisión, el artículo 102.1 de la LRJ-PAC establece que: “*Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o*

a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1”.

De este precepto 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 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.

El objeto del procedimiento de revisión está constituido por los actos, de 19 de enero de 2001 y 15 de diciembre de 2000 de reconocimiento del componente por formación permanente segundo y tercero, respectivamente. De conformidad con el artículo 102.1 de la LRJ-PAC anteriormente transcrito, sólo pueden ser objeto del procedimiento de revisión de oficio los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Los meritados actos que se pretenden revisar no ponen fin a la vía administrativa, mas no consta que fueran recurridos en el plazo legalmente previsto para ello por lo que hay que entender que han devenido firmes.

SEGUNDA.- Al haberse iniciado de oficio la revisión de los actos, 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, en unificación de doctrina 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”*.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de marzo de 2008 (Recurso 2688/2005) ha declarado al respecto que *“la reforma en 1999 de la Ley 30/1992 ha pretendido introducir una cierta disciplina en la duración de los procedimientos iniciados de oficio que puedan tener efectos gravosos para el administrado, sometiéndolos a un riguroso plazo de caducidad (tres meses en los supuestos de revisión de oficio a los que se refiere el artículo 102.5 de dicha Ley). La regla general, como es bien sabido, consiste en que el vencimiento del plazo máximo para resolver dichos procedimientos sin que se haya dictado la resolución correspondiente determina de modo automático su caducidad y archivo (artículo 44.2).*

Ahora bien, el rigor queda atenuado (podiera decirse que comprensiblemente atenuado, a la vista de las diversas hipótesis que el artículo 42.5 contempla) permitiéndose que en circunstancias excepcionales

se "pare el reloj" del cómputo temporal, esto es, se suspenda el plazo máximo para resolver. La Ley 30/1992, sin embargo, no admite que dicha "parada de reloj" sea indefinida sino que la somete, a su vez (en algunos de los supuestos, no en todos), a límites temporales propios: así, en el caso de que se requieran los informes preceptivos y determinantes a los que ya hemos hecho referencia, este límite temporal será el que medie entre la petición y la recepción del dictamen, según las normas que regulen el correspondiente procedimiento consultivo, sin que en ningún caso pueda exceder de tres meses. Transcurrido el tiempo de suspensión, el cómputo del plazo legal para resolver vuelve a correr sin que la Ley 30/1992 tolere una segunda "parada de reloj" por el mismo concepto y para el mismo informe.

No podría aceptarse, insistimos, que, una vez producida la primera suspensión resultante de la petición del dictamen, la aplicación del artículo 83.3 de la Ley 30/1992 permitiera que, meses después, se vuelva a suspender de nuevo el plazo para resolver el procedimiento por la misma causa, esto es, por la solicitud del mismo dictamen. Lo cual no significa, a su vez, que el dictamen tardío no pueda incorporarse al expediente en ningún caso; podrá hacerlo si, en el momento de su emisión, éste no ha caducado. Pero sí implica que la caducidad de un procedimiento no podrá ser enervada acudiendo al subterfugio de acordar la suspensión de dicho procedimiento mediante la utilización tardía de la facultad prevista en el artículo 42.5.c) cuando resulta que la petición del informe se había producido ya con mucha anterioridad".

Como hemos manifestado en los antecedentes de hecho el procedimiento de revisión se inició mediante Orden 327/2009, de 2 de febrero, de la Consejera de Educación, fecha a tener en cuenta para el inicio del cómputo del plazo de tres meses, si bien en este supuesto se ha acordado la suspensión del plazo al amparo del artículo 42.5.c), debidamente notificada. El efecto de

la remisión del expediente al presente Consejo para la emisión de dictamen sólo suspende el plazo de tres meses por el tiempo que medie, entre la petición de dictamen, que tuvo lugar mediante Acuerdo de 16 de marzo de 2009 (entrada en el Registro del Consejo el 13 de abril siguiente), y la recepción del mismo por el órgano competente. Por lo que esta circunstancia habrá de ser tenida en cuenta a la hora de resolver, para no incurrir en caducidad.

TERCERA.- En relación al fondo del asunto, la revisión de oficio que se dictamina se fundamenta en el artículo 62.1.f) 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 adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para ello”*.

Dicho supuesto se refiere sólo a actos favorables, aquellos *“por los que se adquieran facultades o derechos”*, requisito que se verifica en el supuesto analizado por cuanto que resulta meridianamente claro que el reconocimiento de sexenios, con su respectivo efecto económico, supone una actuación administrativa favorable para el interesado por el que se adquiere un derecho al incremento retributivo correspondiente.

En segundo lugar, para que proceda la revisión de oficio por la causa prevista en el apartado f) del meritado artículo 62.1 ha de precisarse que la irregularidad a la que se refiere debe ser en relación a un *“requisito esencial”*, esto es, se alude a la nota de esencialidad para determinar cuándo hay nulidad de pleno derecho. Ello provoca, desde luego, la inseguridad jurídica propia de la utilización de cualquier concepto jurídico indeterminado, sin embargo reduce claramente los casos en que la infracción de un requisito determina la nulidad radical. Se trata de supuestos en que la falta de un requisito establecido por el ordenamiento jurídico determine una infracción esencial o grave del ordenamiento jurídico.

Siendo de interpretación restrictiva la actuación revisora por las razones antedichas, con mayor razón debe ser de aplicación limitada la causa prevista al respecto en el artículo 62.1.f) LRJ-PAC. Así, no solo se ha de producir la vulneración por el acto revisado de alguna norma del ordenamiento jurídico, aplicable al caso de que se trate, sino que la violación ha de suponer la obtención por una persona de una facultad o derecho y el incumplimiento por el beneficiario de los requisitos absolutamente imprescindibles que tal norma exige para dicha obtención; siquiera sea para distinguir efectivamente este supuesto de nulidad radical del de anulabilidad por vulneración de normas.

Por consiguiente, los requisitos para obtener el derecho o facultad incumplidos, aun cuando puedan ser tanto subjetivos como objetivos, han de ser tales que, sin ellos, es inaplicable la norma reguladora del supuesto o imposible de cumplir su finalidad, se hace irreconocible el derecho o facultad a obtener o se vulnera clara y plenamente el derecho a su obtención de terceros.

En nuestro caso, el acuerdo de inicio del procedimiento de revisión de oficio se fundamenta en que los actos de reconocimiento del segundo y tercer sexenio del afectado vulneran lo establecido en el apartado tercero del punto 2 del Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1991, por el que se regulan las retribuciones complementarias del Profesorado de los Centros de Enseñanza Básica, Bachillerato, Formación Profesional y de Enseñanzas Artísticas e Idiomas, en el que al regular el componente por formación permanente establece que: *“Se percibirá por cada seis años de servicio como funcionario de carrera en la función pública docente, siempre que se hayan acreditado durante dicho periodo, como mínimo, cien horas de actividades de formación, distribuidas en créditos de al menos ocho horas cada uno, incluidos en programas previamente homologados por el Ministerio de Educación y Ciencia. / A efectos del cómputo de dichos*

periodos se tendrán en cuenta los servicios prestados en la administración educativa y en la función inspectora en el supuesto de retorno a la función docente, así como los desempeñados en la función pública docente con anterioridad al ingreso en los correspondientes Cuerpos”.

Como se infiere de lo transcrito, el reconocimiento de este componente de formación permanente, que integra el complemento específico anual del profesorado, según se establece en el mentado Acuerdo del Consejo de Ministros, requiere la concurrencia de dos elementos, a saber: el desempeño de la función pública docente durante seis años (de ahí su denominación de sexenio) y una actividad de formación durante determinado número de horas.

De acuerdo con ello la cuestión estriba en determinar si el ejercicio de función pública docente durante seis años es un elemento esencial para el reconocimiento del componente por formación permanente y si en el caso concreto que nos ocupa pueden computarse para el reconocimiento al interesado de los sexenios el tiempo prestado como Sargento Eventual del Ministerio de Defensa y como Agente de Investigación del Servicio de Vigilancia Aduanera del Ministerio de Economía y Hacienda.

En relación a lo primero, no ofrece duda que el tiempo de servicios prestados en la función pública docente estipulado en la norma (seis años) es un requisito esencial para poder reconocer el componente de formación permanente, pues de lo contrario un acto de reconocimiento del componente sin haberse prestado los servicios requeridos durante ese tiempo impediría el cumplimiento de la finalidad perseguida por la norma que no es otra que la de retribuir la formación continuada.

Además la norma exige, revistiendo el mismo carácter de esencialidad, que los seis años de servicio lo sean en el ejercicio de la función pública docente, lo que conduce a examinar la segunda de las cuestiones antes

apuntadas, referente a si pueden computarse como servicios en la función pública docente los prestados como Sargento Eventual de Complemento en el Ministerio de Defensa y como Agente Investigador del Servicio de Vigilancia Aduanera del Ministerio de Economía y Hacienda.

Sobre este extremo es preciso señalar que la prestación de estos servicios no puede computarse como función pública docente en el sentido previsto en el punto 2.3 del Acuerdo del Consejo de Ministros, anteriormente reproducido. En aclaración de este Acuerdo se dictó por el Director General de Personal y Servicios del Ministerio de Educación y Ciencia, el 26 de abril de 1993, Instrucciones interpretativas sobre la aplicación de este complemento, en cuyo apartado quinto, relativo a los servicios que pueden ser reconocidos a efectos del componente de formación permanente, expresa que *“por lo que a <<función pública docente>> se refiere, resulta necesario señalar que la misma deberá haber sido prestada en centros integrados en la red pública de centros, creados y sostenidos económicamente por las Administraciones Públicas con competencias plenas en materia educativa y en puestos cuya titularidad esté atribuida a los Cuerpos docentes”*. De acuerdo con este criterio interpretativo es evidente que los servicios prestados como Sargento Eventual del Ministerio de Defensa o como Agente Investigador del Servicio de Vigilancia Aduanera del Ministerio de Economía y Hacienda no encajan en el concepto de “función pública docente” que permite el reconocimiento de los sexenios.

De lo anterior resulta que cuando se le reconoció al interesado el segundo sexenio con efectos desde el 1 de diciembre de 1994 no había desempeñado doce años de servicio en la función pública docente e, igualmente, tampoco se le podía reconocer el tercer sexenio con efectos desde el 1 de diciembre de 2000 porque en esa fecha no había completado dieciocho años (tres sexenios) de servicio ejerciendo función pública docente, por lo que procede la nulidad de los actos administrativos de reconocimiento del segundo y

tercer sexenio por carecer el destinatario de los actos de los requisitos esenciales para la adquisición de los citados sexenios pues los servicios prestados como Sargento Eventual y como Agente Investigador de Aduanas no suponen ejercicio de función pública docente en el sentido anteriormente indicado.

Ahora bien, debe quedar reseñado que los actos que se pretenden revisar deberían ser sustituidos por otros actos de reconocimiento del segundo y tercer sexenio que fijen los efectos económicos al día que resulte de un correcto cómputo de los servicios prestados.

CUARTA.- Verificado que concurre causa de nulidad que posibilita la revisión de oficio de los actos administrativos en cuestión, procede examinar las consecuencias de la misma. Como es sobradamente conocido, la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos tiene eficacia *ex tunc*, lo que referido a los aspectos económicos del reconocimiento de los sexenios entrañaría la necesidad de que el afectado reintegrase los ingresos indebidamente percibidos como consecuencia de haber computado indebidamente los servicios prestados al margen de la función pública docente.

Ahora bien, sobre este extremo debe recalarse que esta consecuencia económica tiene su límite en lo previsto en el artículo 36.1.a) de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid que establece: *“Salvo lo establecido por las Leyes reguladoras de los distintos recursos, prescribirá a los cuatro años el derecho de las Instituciones y de la Administración de la Comunidad y sus Organismos Autónomos: a) A reconocer o liquidar créditos a su favor, contándose dicho plazo desde el día en que el derecho pudo ejercitarse”*.

No obstante, esta circunstancia ha sido tenida en cuenta en la propuesta de resolución en la que se señala que *“la declaración de nulidad de los actos*

administrativos de reconocimiento del segundo y tercer sexenio objeto del presente procedimiento, conllevará la regularización del expediente personal y económico, mediante las anotaciones correspondientes en el registro de personal y el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, teniendo en cuenta, en cualquier caso, el plazo de prescripción de cuatro años establecido en el artículo 36.1.a) de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid”.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La revisión de oficio de los actos administrativos sometidos a consulta es ajustada a Derecho por concurrir la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC.

El presente Dictamen es vinculante.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto y saber entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 13 de mayo de 2009