

Dictamen nº: **260/09**
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 consulta formulada por la Consejera de Educación, al amparo del artículo 13.1 f)2º de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre sobre revisión de oficio de los actos administrativos de reconocimiento de los complementos por formación permanente (sexenios) números uno, dos y tres a J.A.E.H.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Consejera de Educación, mediante oficio de 25 de marzo de 2009, registrado de entrada el 14 de abril de 2009 se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 13 de mayo de 2009.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, adecuadamente numerada aunque no foliada, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, interesa destacar lo siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

Mediante las correspondientes Resoluciones, normalizadas en los documentos F26.R, de la Subdirección Territorial de Madrid- Este del Ministerio de Educación y Ciencia y de la Dirección del Área Territorial de Madrid-Este se reconocieron al funcionario docente del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria J.A.E.H. tres componentes por formación permanente (sexenios) con los efectos económicos siguientes:

- Sexenio primero: Resolución de 14-3-1994 reconociendo efectos de 1-10-1992.
- Sexenio segundo Resolución de 10-9-1996 reconociendo efectos de 1-09-1996.
- Sexenio tercero: Resolución de 24-7-2002 reconociendo electos de 1-09-2002.

Analizado el expediente administrativo y económico del sujeto afectado se constató que parte de los servicios computados a efectos de trienios, no podían serlo a efectos de sexenios, ya que no habían sido prestados en la función pública docente sino como celador del Instituto Nacional de la Salud (1 año, 6 meses y 11 días) y como contratado laboral de MUFACE (3 años y 7 meses).

Por ello al interesado, que comenzó a prestar servicios en la función pública docente con fecha 1-10-1989, el primer sexenio, reconocido por Resolución de 14-3-1994 con efectos económicos de 1-10-1992, le correspondería percibirlo con efectos económicos de 1-10-1995. En ese mismo sentido el segundo sexenio, reconocido por Resolución de 10-9-1996, con efectos económicos de 1-09-1996 le correspondería percibirlo con efectos económicos de 1-10-2001 y el tercer sexenio reconocido por

Resolución de 24-7-2002 con efectos económicos de 1-09-2002 le correspondería percibirlo con efectos económicos de 1-10-2007.

TERCERO.- Consta en el presente expediente que con anterioridad se tramitaron otros expedientes (aaa y bbb) con el mismo objeto y con informe favorable del Servicio Jurídico en la Consejería de Educación de fecha 7 de julio de 2005, los cuales fueron archivados a los efectos de lo dispuesto en el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En concreto el bbb fue archivado por caducidad sin haberse solicitado el dictamen del Consejo de Estado, sin embargo en el expediente aaa el Consejo de Estado había emitido dictamen nº 325/2006, de 9 de marzo en el que señalaba: “*En virtud de lo expuesto puede afirmarse que ha transcurrido el plazo de tres meses que establece el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, habiéndose producido por tanto la caducidad del procedimiento.*”

Asimismo el Consejo de Estado puntualizaba: “*En el caso de que se reiniciara el procedimiento sería conveniente incorporar al expediente la documentación relativa a los servicios prestados por el interesado en MUFACE con objeto de discernir si se trató en efecto del desempeño de una función docente*”.

CUARTO.- Consta en el expediente que el interesado prestó en el servicio provincial de MUFACE servicios de subalterno durante 11 meses y como oficial 2º administrativo durante 2 años, 8 meses y un día, según certificación de servicios previos emitida con fecha 18 de septiembre de 1990, por la Jefa de Personal de MUFACE.

Asimismo consta en el expediente certificado de 4 de marzo de 2008, de la misma Jefa de Personal de MUFACE en el que se señala: “*Que J.A.E.H. prestó servicios en la Oficina Delegada de Educación de esta*

Mutualidad desde el 1-02-87 hasta el 01-10-89, desempeñando entre sus compañeros de trabajo ciertas labores docentes con motivo de la implantación de nuevas tecnologías en su centro de trabajo”.

QUINTO.- Con fecha 21 de noviembre de 2008 se solicitó por la Dirección de Área territorial de Madrid-Capital el inicio del procedimiento de revisión de oficio de los sexenios números uno, dos y tres de J.A.E.H., previsto en el artículo 102 de la LRJAP-PAC.

Dicho procedimiento de revisión se fundamenta en la causa de nulidad prevista en el artículo 62 .1 .f) de la LRJAP-PAC al tratarse, los actos objeto de revisión, de actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren unos derechos careciendo de los requisitos esenciales para ello.

SEXTO.- Mediante Orden de la Consejería de Educación 326/2009, de 2 de febrero, se acordó el inicio del procedimiento de revisión de oficio solicitado. Con fecha 12 de febrero de 2009 le fue notificada al interesado a indicada Orden, así como la concesión del trámite de audiencia previsto en el artículo 84 de la LRJAP-PAC, para que en el plazo de diez días hábiles desde el día siguiente a la fecha de notificación efectuara las alegaciones o presentar los documentos que tuviera por convenientes.

SÉPTIMO.- Con fecha 10 de marzo de 2009 ha tenido entrada en la Consejería de Educación escrito de alegaciones del interesado que, en síntesis, se concretan en mantener, por una parte, que los Servicios que se pretenden revisar, a efectos de sexenios, fueron prestados en la Administración Educativa, ya que se prestaron en la Oficina Delegada de MUFACE en el Ministerio de Educación y tuvieron contenido docente por cuanto ha certificado MUFACE que realizó labores docentes con motivo de la implantación de nuevas tecnologías en su centro de trabajo y por otra parte que se ha vulnerado el artículo 106 de la LRJAP-PAC, dado que por el tiempo procedería archivar el expediente sin mas trámite, así como que la

norma que regula los sexenios es una norma no publicada lo que le produce indefensión.

OCTAVO.- Concluido el trámite de audiencia, se solicita nuevo informe a los Servicios Jurídicos en la Consejería de Educación, que es favorable, y 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 Ley 30/1992 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, procediendo a la suspensión del plazo legalmente establecido para la tramitación del procedimiento, de conformidad con el artículo 42.5 .c) de la LRJAP-PAC , suspensión que se comunicó al interesado el 1 de abril de 2008.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13. 1 f) 2º de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- El artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) establece que: “*Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o*

a solicitud del 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”.

Por lo que ahora interesa, 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 LRJAP-PAC hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha, a partir de su creación, y respecto de los expedientes de revisión e oficio que se instruyan por los órganos de la Comunidad de Madrid o las entidades locales sitas en su territorio, al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

TERCERA.- Con carácter previo, antes de entrar a considerar el concreto vicio de nulidad que pudiera afectar al acto administrativo cuya revisión se pretende, debemos detenernos en la naturaleza de los actos a revisar, dado que sólo los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en tiempo y forma, podrán ser objeto de revisión de oficio en aplicación del artículo 102.1 LRJAP-PAC.

Este precepto tiene por objeto facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2001, de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su inatacabilidad definitiva: “*Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede*

perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia”.

Esta posibilidad de revisar de oficio los actos nulos de pleno derecho en cualquier momento queda matizada por la propia LRJAP-PAC cuando en su artículo 106 dispone: “*Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes*”.

La revisión de los actos en vía administrativa opera de distinta manera según se trate de actos favorables o declarativos de derechos, en la medida en que la revisión de actos favorables exige mayores garantías que la de los actos de gravamen, en especial formalidades que garanticen la legalidad y el acierto de la decisión administrativa. Las cautelas que los artículos 102 y 103 de la LRJAP-PAC disponen sólo operan respecto de los actos declarativos de derechos o favorables para los administrados, ya que respecto de los actos de gravamen la Administración goza de amplias facultades de revisión, sujeta siempre al principio de legalidad consagrado en los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución.

En el supuesto sometido a dictamen nos encontramos con actos declarativos de derechos, pues se trata del reconocimiento de complementos retributivos a un funcionario docente, que han puesto fin a la vía administrativa pues no fueron recurrido en tiempo y forma.

CUARTA.- Una vez hechas las consideraciones anteriores procede ahora examinar si en el acto administrativo objeto de revisión concurre alguna causa de nulidad radical de las señaladas previstas en el ordenamiento jurídico. Como antes veímos, el artículo 102.1 LRJAP-PAC, citado *supra*, permite revisar de oficio, en cualquier momento, a la iniciativa de la propia Administración autora del acto o a instancia de parte cualquier acto

que adolezca de causa de nulidad radical o de pleno derecho de las señaladas en el artículo 62.1 de la misma Ley. Este precepto sanciona de nulidad radical una serie de actos afectados por vicios de gravedad extrema, entre otros y bajo la letra f): “*Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*”, siendo éste el concreto motivo invocado por la Consejería de Educación para proceder a la revisión de oficio.

Del examen del expediente se comprueba que, en efecto, el interesado ejerció como contratado laboral celador desde el 1 de septiembre de 1982 hasta el 21 de febrero de 1986, como contratado laboral subalterno desde el 1 de marzo de 1986 hasta el 31 de enero de 1987 y como contratado laboral oficial 2^a administrativo desde el 1 de febrero de 1987 hasta el 30 de septiembre de 1989.

Los sexenios de los que se trata en este expediente constituyen un componente del complemento específico denominado “por formación permanente” que se reconoce por cada seis años de servicio como funcionario de carrera y siempre que se hayan acreditado cien horas de actividades de formación, se instauró por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1991 para servicios prestados en la función pública docente, disponiendo también que a efectos del cómputo se tendrán en cuenta los prestados en la Administración educativa y en la función inspectora, en el supuesto de retorno a la función docente.

El 23 de abril de 1993 el Director General de Personal y Servicios del a la sazón Ministerio de Educación y Ciencia dictó Instrucciones interpretativas sobre la aplicación de este complemento. El apartado quinto de estas Instrucciones, 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 el interesado no cumple el requisito esencial de pertenecer a Cuerpos docentes a los que se atribuye la "función pública docente".

La aportación de un certificado expedido por la Jefa de Personal de MUFACE de haber "*desempeñado entre sus compañeros ciertas labores docentes, con motivo de la implantación de nuevas tecnologías en su centro de trabajo*" no puede desvirtuar el concepto y contenido esencial de la función pública docente ejercida por Cuerpos docentes y en centros de enseñanza, de ningún modo equiparable a tareas de formación entre compañeros de trabajo en un centro de trabajo.

El interesado pretende también que el complemento le sea de aplicación por haber ejercido funciones de oficial 2^a administrativo de la delegación de MUFACE en el Ministerio de Educación entendiendo que sus servicios habían sido prestados en la Administración educativa. En modo alguno puede este órgano consultivo compartir este criterio, pues ello equivaldría a considerar que los órganos descentralizados mediante la delegación perderían su dependencia orgánica respecto del delegante para pasar a depender del centro en el que dicha delegación se ejercitase.

A la vista del expediente concurre la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1f) pues el interesado ha adquirido derechos económicos sin cumplir los requisitos esenciales para ello.

QUINTA.- Como ya se expresó más arriba, el artículo 106 de la LRJAP-PAC establece límites temporales a la revisión de oficio en atención a la equidad, a la buena fe y a los derechos de los particulares.

El interesado en sus alegaciones expone que la revisión de oficio de sus sexenios concedidos, el primero de ellos desde 1992 sería contraria a lo preceptuado en el artículo 106 citado. Sin embargo, la propuesta de revisión de oficio es escrupulosa con la equidad y los derechos económicos del interesado ya que, aunque la revisión de oficio declarando la nulidad del acto administrativo produciría efectos *ex tunc*, la propuesta de revisión expresa con claridad meridiana que “*la declaración de nulidad de los actos administrativos de reconocimiento del primero, 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*”.

SEXTA.- El único trámite que, según la LRJAP-PAC, se impone con carácter preceptivo en el procedimiento para la revisión de oficio de un acto administrativo –aparte de la obligatoriedad de recabar dictamen del órgano consultivo correspondiente– es el de audiencia, contemplado con carácter general en el artículo 84 de la citada norma. El precepto mencionado obliga a que, una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución se dé vista del expediente a los interesados. En caso de la revisión de oficio, habida cuenta de que la Administración no elabora ninguna propuesta de resolución, pues el dictamen del órgano consultivo tiene carácter vinculante, el trámite de audiencia deberá practicarse antes de la remisión del expediente a aquél para la emisión de su dictamen preceptivo.

Como consta en el expediente y se recoge en los antecedentes del presente dictamen este trámite ha sido debidamente cumplimentado. Como lo ha sido también la notificación el 1 de abril de 2009 de solicitud de informe a este

Consejo Consultivo y la suspensión de plazo que dicha solicitud conllevaba. Por lo que el plazo de tres meses previsto en el artículo 102.5 LRJAP-PAC se encuentra suspendido en el momento de emisión del presente dictamen.

ÚLTIMA.- La competencia para resolver el procedimiento de revisión de oficio corresponde a la Consejera de Educación según el artículo 53.4.b) de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid 1/1983, de 13 de diciembre. Cuya Orden pondrá fin a la vía administrativa según el artículo 53.1 de la misma Ley, contra el que cabrá recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según el artículo 10.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo 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 LRJAP-PAC.

Este dictamen tiene carácter vinculante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 3.3 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