

Dictamen n^o: **357/09**
Consulta: **Consejera de Educación**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **10.06.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 10 de junio de 2009, sobre consulta formulada por la Consejera de Educación, al amparo del artículo 13.1 f)2^o de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre sobre revisión de oficio de los actos administrativos de reconocimiento de complementos por antigüedad números cinco y seis (trienios) y por formación permanente número tres (sexenio) a P.H.S.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Consejera de Educación, mediante oficio de 4 de mayo de 2009, registrado de entrada el 20 de mayo 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 10 de junio 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 Resolución de la Subdirección Territorial de Madrid-Sur del Ministerio de Educación y Cultura, de 18 de septiembre de 1997, se formalizó, en documento F.6.R, el cambio de situación administrativa de la profesora de Enseñanza Secundaria P.H.S. por haber solicitado “Excedencia voluntaria por interés particular”, dese el 15 de septiembre de 1997 hasta el 01 de septiembre de 2000.

Analizado el expediente administrativo y económico de la interesada, se constata que por la Dirección del Área Territorial Madrid-Sur de la Consejería de Educación, por delegación del Consejero, se le reconocieron respectivamente el quinto y sexto trienio, con efectos económicos 1 de octubre de 1999 y 1 de octubre de 2002, y el tercer sexenio con efectos económicos de 1 de octubre de 2002, al no haber procedido a descontarle el tiempo de 2 años, 11 meses y 15 días de excedencia voluntaria, que en ningún caso es computable, ni a efectos de antigüedad, ni a los efectos del complemento por formación permanente.

Con fecha 16 de febrero de 2009 se propuso por la Dirección de Área Territorial de Madrid-Norte el inicio del procedimiento de revisión de oficio previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) de los actos administrativos de reconocimiento de los trienios número cinco y seis y del sexenio número tres de P.H.S., *“así como de los posteriores que traen causa de aquellos:*

- 7º trienio- fecha de cumplimiento 30-09-05- Efectos 01-10-05
- 8º trienio- fecha de cumplimiento 30-09-08- Efectos 01-10-08”

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 derechos careciendo de los requisitos esenciales para ello.

TERCERO.- Consta en el presente expediente que con anterioridad se tramitó otro expediente (12/2007RO) con el mismo objeto y con informe favorable del Servicio Jurídico en la Consejería de Educación de fecha 10 de marzo de 2008, el cual fue archivado a los efectos de lo dispuesto en el artículo 102.5 de la LRJAP-PAC.

CUARTO.- Mediante Orden de la Consejera de Educación 1098/2009, de 12 de marzo, se acordó el inicio del procedimiento de revisión de oficio propuesto por la Dirección del Área Territorial de Madrid-Norte con fecha 16 de febrero de 2009, aunque sólo circunscrito a los trienios quinto y sexto y al tercer sexenio.

Con fecha 26 de marzo de 2009 le fue notificada a la interesada la 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 presentara los documentos que tuviera por convenientes, consta en el expediente la recepción por la interesada de la citada comunicación.

QUINTO.- Concluido el trámite de audiencia, sin que la interesada haya formulado alegaciones, se solicitó nuevo informe a los Servicios Jurídicos en la Consejería de Educación y se remitió el expediente al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitando la emisión del preceptivo dictamen, en cumplimiento de lo dispuesto en artículo 102 de la LRJAP-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, 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 a la interesada el 12 de mayo de 2009, según queda constatado en el expediente

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 cual quier 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.

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 en el ordenamiento jurídico. Como antes veíamos, 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 61.1 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 adquieren 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, la interesada permaneció en la situación administrativa de excedencia voluntaria por interés particular desde el 15 de septiembre de 1997 hasta el 1 de septiembre de 2000.

Esta situación administrativa conlleva que no será computable el tiempo permanecido en la misma a efectos de promoción, trienios y derechos pasivos, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aplicable a la situación de la interesada y vigente durante su tiempo de permanencia en situación de excedencia voluntaria de acuerdo con una interpretación sistemática de la Disposición Adicional Novena de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Educación, la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1984, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública y el artículo 1 del propio Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo.

El tiempo transcurrido en la situación de excedencia voluntaria tampoco es computable para el sexenio reconocido y ello porque constituye 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 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 la interesada no cumple el requisito esencial de haber prestado la función pública docente durante la duración de su excedencia voluntaria.

A la vista del expediente concurre la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1f) pues la interesada 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.

La propuesta de revisión de oficio es escrupulosa con la equidad y los derechos económicos de la interesada 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 quinto y sexto trienio 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 12 de mayo 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, 10 de junio de 2009

