

Expediente Núm. 110/2012
Dictamen Núm. 160/2012

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 31 de mayo de 2012, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 7 de mayo de 2012, examina el expediente de revisión de oficio incoado por Resolución de la Consejería de Hacienda y Sector Público al objeto de declarar la nulidad de la Resolución por la que se reconoce a un trabajador la primera categoría personal de la carrera horizontal en la categoría profesional de “coordinador operador”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 25 de noviembre de 2011, el Viceconsejero del Sector Público, por delegación del Consejero, según consta en la antefirma, dicta Resolución por la que se reconoce la primera categoría personal de la carrera horizontal a, con efectos a partir del día 1 de agosto de 2011.

Obra en las actuaciones la previa Resolución de 20 de junio de 2011, de la entonces Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno,

por la que se aprueba la relación de solicitantes incorporados al sistema de carrera horizontal en las categorías de entrada y primera categoría personal, figurando en esta última el empleado sometido al presente procedimiento revisorio. En la misma Resolución se señala que los "derechos económicos y administrativos de la primera categoría tendrán efectos del día de su reconocimiento tras superar la correspondiente evaluación conforme determina la disposición transitoria segunda de la Ley 5/2009, de 29 de diciembre, de Séptima Modificación de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública, para la Regulación de la Carrera Horizontal".

Asimismo, consta en el expediente la Resolución de 16 de mayo de 2011, también de la entonces Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno, por la que se convoca el "procedimiento de solicitud" para la incorporación al sistema de progresión en la carrera horizontal, en la categoría personal de entrada y en la primera categoría. En su anexo I, apartado segundo, se establecen los "requisitos y efectos", señalándose (punto 2) que podrán solicitar la incorporación, "en la primera categoría personal, los empleados públicos que (...) acrediten cinco años de ejercicio profesional a 1 de enero de 2010, computados conforme a la disposición transitoria segunda de la Ley 5/2009, de 29 de diciembre (...), y la disposición transitoria primera del Decreto 37/2011, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Carrera Horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias, y el Acuerdo de 5 de octubre de 2010 de (la) Mesa General de Negociación del Principado de Asturias por el que se hace extensiva al personal laboral fijo (...) la normativa reguladora de la carrera horizontal y evaluación (...). Los derechos económicos y administrativos de la primera categoría tendrán efectos del día de su reconocimiento, una vez superada la correspondiente evaluación".

Figuran, a continuación, copias de la solicitud de incorporación presentada por el afectado (en la categoría de entrada) y de la certificación expedida por el Gerente de la entidad pública "112 Asturias". En esta última se expresa, respecto a varios trabajadores, que "son ciertos (...) los periodos

con vinculación fija que acreditan en la categoría profesional que tenía a 01-01-2010 y computados hasta dicha fecha, recogidos en” el anexo que se acompaña, en el cual aparece el interesado “en la categoría ‘coordinador/a operador/a’ (Grupo D), Nivel 15./ Fecha de inicio: 01-03-2006 hasta la actualidad”. Se reseña en la misma certificación que los “coordinadores operadores (...), en virtud de un proceso de transformación, han modificado su grupo profesional de adscripción con anterioridad a 01-01-2010”, en virtud del “Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de septiembre de 2010, (que) acordó la transformación de 35 plazas de coordinador/a operador/a (Grupo D) del catálogo de puestos de trabajo en (...) plazas de coordinador/a operador/a especialista en idiomas (Grupo C)”, en la que quedan encuadrados aquellos que “hayan superado la prueba de idioma correspondiente”.

Se adjuntan también a lo actuado, sin que se documente su origen, fecha o carácter (si bien, según el índice que se acompaña al expediente proceden del Servicio de Programación y Evaluación del Desempeño), extractos relativos al cómputo de los servicios prestados por el trabajador a los efectos de verificar el cumplimiento de los años exigidos para la incorporación al sistema en la primera categoría personal, equivalentes a 1.825 días. Al perjudicado se le reconocen 2.206 días, incluyéndosele en el cómputo 803 días en los que prestó servicios en la misma categoría de coordinador operador como laboral temporal. Tras una tachadura visible se le clasifica en la primera categoría, y no en la de entrada.

2. Con fecha 16 de enero de 2012, el Gerente de la entidad pública “112 Asturias” dirige oficio al Servicio de Programación y Evaluación del Desempeño, advirtiendo “errores en el anexo de la certificación” antes emitida, aclarando que el vínculo laboral indefinido del trabajador afectado se inicia el 1 de marzo de 2006, y que “a partir del 30 de septiembre de 2009 se acuerda la transformación de su plaza en ‘coordinador operador especialista en idiomas’ (Grupo C)”.

3. El día 10 de febrero de 2012 el Consejero de Hacienda y Sector público, a propuesta de la Jefa del Servicio de Programación y Evaluación del Desempeño Profesional, con el conforme del Director General de Organización e Inspección, dicta Resolución por la que se incoa el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución del Viceconsejero del Sector Público, por delegación del Consejero, “por la que se reconoce la primera categoría personal de la carrera horizontal, en la categoría de coordinador operador”, al trabajador afectado.

En la Resolución de inicio se razona que “el cómputo que resulta de los periodos de prestación de servicios como personal laboral con vinculación fija, acreditados por la nueva certificación (...), a fecha 1 de enero de 2010, y para las categorías de ‘coordinador operador especialista en idiomas’ (Grupo de clasificación C) y ‘coordinador operador’ (Grupo de clasificación D (...)), no alcanza los 5 años que resultan exigibles en los términos que recoge la disposición transitoria segunda del Reglamento de la Carrera Horizontal (...) para el reconocimiento de la primera categoría personal (...), procediendo, por ello, el encuadramiento (...) en la categoría de entrada./ Para el cómputo de los 5 años señalados, los servicios prestados por el citado trabajador como personal laboral con vinculación fija, en la categoría profesional de ‘coordinador operador’, Grupo de clasificación D, se han considerado en un porcentaje del 70%, conforme a la disposición transitoria segunda del Reglamento”. Se concluye que la resolución impugnada incurre “en la causa de nulidad prevista en el apartado f) del artículo 62 de la Ley 30/1992”, al reconocer al trabajador la primera categoría personal “cuando carece de un requisito esencial para dicho reconocimiento: 5 años de servicios efectivos en la categoría profesional de pertenencia a fecha 1 de enero de 2010 y computados conforme a la disposición transitoria del Reglamento de la Carrera Horizontal”.

En la misma Resolución se acuerda suspender la ejecución del acto impugnado y ordenar la apertura de “un trámite de alegaciones”, notificándose al interesado y a la Gerencia del “112 Asturias”.

4. Mediante oficio del Servicio instructor de 16 de marzo de 2012, se acuerda prescindir del trámite de audiencia, "al no figurar en el procedimiento (...) ni ser tenidos en cuenta para la propuesta de resolución a adoptar otros hechos que los ya recogidos en la Resolución (...) por la que se da inicio al (...) procedimiento, y dada la no formulación de alegación alguna" por el afectado en el plazo concedido.

5. Con fecha 23 de abril de 2012, y previa solicitud del Director General de Organización e Inspección a propuesta del Servicio instructor, emite informe un letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias. En él se aprecia que no debió prescindirse del trámite de audiencia y, visto que el vicio cometido consiste en no haber aplicado el porcentaje del 70% al tiempo en que se prestaron servicios en una categoría inferior, se concluye que el incumplimiento al que se anuda la nulidad radical carece de la esencialidad requerida a estos efectos, debiendo abrirse un procedimiento de lesividad por mera anulabilidad del acto.

6. El día 26 de abril de 2012, la Jefa del Servicio de Programación y Evaluación del Desempeño profesional formula propuesta de resolución, con el conforme del Director General de Organización e Inspección. En ella se propone declarar la nulidad, razonándose escuetamente que "de la instrucción del expediente se desprende que el acto (...) está incurso en causa de nulidad prevista en el apartado 1.f) del artículo 62 de la Ley 30/1992".

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de mayo de 2012, registrado de entrada el día 9 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio de la Resolución del Viceconsejero del Sector Público de 25 de noviembre de 2011, por la que se reconoce la primera categoría personal de la carrera horizontal a un trabajador

con menos de 5 años de desempeño en su categoría, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente tramitado.

Con posterioridad, se ha remitido a este Consejo una copia simple de la Resolución del Consejero de Hacienda y Sector Público de 7 de mayo de 2012, por la que se dispone la suspensión del plazo máximo legal de tres meses para dictar Resolución durante el tiempo que medie entre la solicitud del preceptivo dictamen y la recepción del mismo, junto con la notificación al interesado de este acto el día 12 de mayo de 2012.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo del Principado de Asturias emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra I), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra I), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), el Principado de Asturias se halla debidamente legitimado, toda vez que a él pertenece el órgano que ha dictado el acto cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 102.1 de la LRJPAC dispone que "Las Administraciones públicas, en cualquier

momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (...), 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”.

No obstante, el artículo 106 de la referida LRJPAC establece que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada “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”. En el caso que examinamos, entendemos que no concurre en el procedimiento ninguno de los citados supuestos, pues, tal como ha manifestado este Consejo con ocasión de otros procedimientos de análoga naturaleza, estando ante una exigencia de general aplicación y conocimiento, no cabe limitar el alcance de la revisión por razones de equidad y buena fe.

Por otro lado, con arreglo a lo establecido en el artículo 102.5 de la LRJPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de tres meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Comoquiera que el Consejero de Hacienda y Sector público adoptó el acuerdo de incoación el día 10 de febrero de 2012, una vez transcurridos los tres meses habría de declararse por aquel órgano la caducidad del procedimiento. No obstante, a tenor de la documentación que -aunque en copia no adverada- nos ha sido remitida, se ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución hasta la emisión de dictamen por este Consejo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC, por lo que, dada la fecha de la referida suspensión -el día 7 de mayo de 2012-, notificada al interesado, y la fecha de entrada de la solicitud de dictamen, hemos de entender que no ha transcurrido el plazo máximo legalmente establecido, debiendo reanudarse su cómputo el día de la recepción de este dictamen.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que esta se configura como instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de analizar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En tal sentido, debemos comenzar por examinar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio, teniendo en cuenta que la LRJPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a efectuar una referencia al "órgano competente". El artículo 25.1 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, dispone que "La revisión de oficio de las disposiciones y actos nulos se realizará por el órgano autor de la disposición o del acto", faltando en el ordenamiento autonómico una previsión que residencie esa competencia en un orden jerárquico, al modo de la disposición adicional decimosexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. En el presente supuesto, dictada la Resolución controvertida por delegación del Consejero de Hacienda y Sector Público, debe entenderse que éste mismo órgano resulta competente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13.4 de la LRJPAC, para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio. En cualquier caso, como más adelante se razonará, debe entenderse que la acción se dirige contra la Resolución de 7 de octubre de 2011, del propio Consejero de Hacienda y Sector Público.

Ahora bien, hemos de reparar en que el procedimiento instruido adolece de varias irregularidades, algunas ya reseñadas en el informe del Servicio Jurídico preinformante, toda vez que el referido informe y el dictamen ahora recabado tienen un carácter final, debiendo evacuarse, por tanto, con posterioridad al trámite de audiencia y a la vista de todo lo actuado. Estima este Consejo que, por un lado, de la ausencia de alegaciones del perjudicado a la Resolución de inicio no cabe inferir la renuncia -acto expreso, no deducible de conductas de dudosa significación- al trámite de audiencia y, por otro, que

no procede la aplicación de la excepción contemplada en el artículo 84.4 de la LRJPAC a un procedimiento iniciado de oficio en el que no obran siquiera alegaciones del interesado que sustenten aquella excepción al referido trámite. Dicho esto, no cabe desconocer que el sustrato fáctico y argumental de la revisión propuesta es el ya vertido *ab initio* en la Resolución que abre el procedimiento, sometida a contradicción y, a la vista del carácter habilitante del presente dictamen, ningún provecho ha de seguirse de la retroacción de las actuaciones cuando el parecer de este Consejo Consultivo fuere desfavorable a la declaración de nulidad perseguida.

Advertimos, asimismo, de la concurrencia de otras irregularidades formales. Así, no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar al interesado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo, habiéndose incorporado al expediente cierta documentación relativa al cómputo de los periodos de servicio sin un previo acto de instrucción que constate su fecha de expedición, carácter y procedencia.

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, en el supuesto que nos ocupa se plantea la nulidad de pleno derecho del reconocimiento de la primera categoría de la carrera horizontal a un trabajador que no contaba, a la entrada en vigor del sistema, con los cinco años de desempeño en el mismo grupo de titulación al que pertenecía en aquel momento, tal como se computan en la normativa aplicable.

Se han incorporado al expediente diversos particulares del procedimiento instruido en aplicación de la disposición transitoria primera del Decreto 37/2011, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Carrera Horizontal de los Funcionarios de la Administración del Principado de Asturias; norma que se dicta en desarrollo de la disposición transitoria segunda de la Ley 5/2009, de 29 de diciembre, de Séptima Modificación de la Ley del Principado de Asturias 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública,

para la Regulación de la Carrera Horizontal. Así, constan en las actuaciones la convocatoria inicial, de 16 de mayo de 2011, la subsiguiente Resolución de 20 de junio de 2011, que aprueba la relación de solicitantes incorporados al sistema de carrera horizontal, pendiendo “los derechos económicos y administrativos” de la primera categoría “de su reconocimiento tras superar la correspondiente evaluación”. Ello tiene lugar con la Resolución de 7 de octubre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Sector Público, “por la que se procede al reconocimiento de categorías personales dentro del sistema de carrera horizontal, de los funcionarios de carrera y personal laboral fijo que prestan servicios en la Administración del Principado de Asturias, sus organismos públicos y entes públicos que solicitaron su incorporación en la convocatoria de 16 de mayo de 2011”. En esta Resolución -que no se incorpora a las actuaciones-, tras constatarse que quedó “concluida con fecha 31 de julio de 2011 la evaluación” pendiente, se acuerda “reconocer la primera categoría personal dentro del sistema de carrera horizontal, con efectos económicos y administrativos de 1 de agosto de 2011, a la relación de empleados públicos que figuran en el anexo de la presente Resolución, una vez superada la evaluación (...). Expedir a las personas relacionadas en el citado anexo de forma individualizada el documento acreditativo de la categoría personal reconocida”. En suma, aunque la Resolución en revisión parece identificarse formalmente con ese documento acreditativo de la categoría reconocida, la declaración de nulidad habría de recaer, en su caso, en la Resolución de 7 de octubre de 2011 de la Consejería de Hacienda y Sector Público, en cuanto reconoce plenamente la categoría personal que aquí se revisa.

Sentado, para la correcta valoración del supuesto que analizamos debemos partir de una consideración de tipo general, y es que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, constituye un procedimiento excepcional, puesto que este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, sin intervención judicial y en cualquier momento, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad. En consonancia con el sentido excepcional de esta

potestad de autotutela, la interpretación de los supuestos objeto de revisión de oficio debe ser restrictiva; de lo contrario, perdería efectividad la garantía que entraña la diferenciación entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables y su sometimiento a regímenes jurídicos de anulación distintos.

En el caso ahora examinado, la causa de nulidad invocada es la establecida en el apartado f) del artículo 62.1 de la LRJPAC, que dispone que son nulos de pleno derecho "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". Debemos subrayar, partiendo del principio de interpretación restrictiva que preside las causas de nulidad radical, que en el precepto mencionado esa nulidad absoluta se anuda a la adquisición de derechos "cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición", de lo que se deduce que tal carencia debe ser sustancial y manifiesta. Como ya hemos señalado en anteriores dictámenes, nuestro Derecho Administrativo reserva la nulidad absoluta para las violaciones más graves del ordenamiento jurídico, por lo que es rechazable una interpretación amplia del concepto "requisitos esenciales", que nos conduciría a desnaturalizar las causas legales de invalidez al vaciar de contenido los supuestos de mera anulabilidad, con marcada erosión del principio de seguridad jurídica. En este sentido, cabe recordar la distinción realizada por el Consejo de Estado en numerosos dictámenes, y recogida también por este Consejo Consultivo, entre "requisitos necesarios" y "requisitos esenciales", ya que no todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de "esenciales".

Siguiendo la configuración legal sobre la carrera horizontal, ya tiene dicho este Consejo en sus Dictámenes Núm. 40, 41, 43 y 44, todos ellos de 2011, que la normativa aplicable configura la condición de personal fijo como "presupuesto indispensable para el acceso a la carrera profesional", observándose que esa exigencia se vincula, "sin excepción alguna, a todo reconocimiento de cualquier grado" de carrera profesional. Es pues esa condición de fijo o *de carrera* el presupuesto básico cuya ausencia determina en

esta materia la nulidad radical, mereciendo recordarse que la causa de nulidad invocada, acogida por el legislador en la vigente LRJPAC, se forja a partir de la doctrina del Consejo de Estado que circunscribe esa radical sanción a los casos en que faltan los presupuestos esenciales para adquirir un derecho.

La ley aplicable al procedimiento examinado (disposición transitoria segunda de la Ley del Principado de Asturias 5/2009, de 29 de diciembre, de Séptima Modificación de la Ley del Principado de Asturias 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública, para la Regulación de la Carrera Horizontal) arranca también de la condición de personal fijo como presupuesto básico para la incorporación a cualquier categoría de la carrera horizontal, estableciendo adicionalmente un requisito temporal de vinculación previa para cuyo cómputo deberá estarse a las reglas establecidas, a su vez, en la disposición transitoria segunda del Decreto 37/2011, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Carrera Horizontal de los Funcionarios de la Administración del Principado de Asturias.

En el presente caso se cumple el presupuesto indispensable -la condición de trabajador fijo-, pero se cuestiona el cumplimiento de la condición temporal exigida -5 años de ejercicio profesional- atendiendo al cómputo de los servicios en un grupo de titulación inferior a aquel en el que participa. Atendiendo a estas circunstancias, no puede decirse que se carezca de un requisito con la notoriedad y carácter manifiesto inherentes a la nota de esencialidad exigible para considerar el acto viciado de nulidad radical.

Por tanto, no procede la revisión de oficio del acto que reconoce al interesado, en aplicación de unas reglas de cómputo secundarias, una determinada categoría personal de la carrera horizontal, toda vez que el tiempo exigido es, sin duda, un requisito necesario para el acceso a la primera categoría, pero no goza de la esencialidad requerida a los efectos de lo dispuesto en el artículo 62.1.f) de la LRJPAC.

Lo razonado impide acordar la revisión de oficio del acto impugnado, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la vía de lesividad que contempla el artículo 103 de la LRJPAC.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la declaración de nulidad de pleno derecho de la Resolución por la que se reconoce a la primera categoría personal de la carrera horizontal en la categoría profesional de "coordinador operador."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.