

Dictamen n^o: **561/11**
Consulta: **Consejera de Educación y Empleo**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **13.10.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 13 de octubre de 2011, sobre solicitud formulada por la Consejera de Educación y Empleo, al amparo del artículo 13.1.f)2º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre revisión de oficio del acto de reconocimiento del complemento por formación permanente (sexenio), número uno, a I.A.M.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 19 de septiembre de 2011 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 y Empleo mediante Orden 2709/2011, de 5 de julio, del acto de reconocimiento del complemento por formación permanente (sexenio) número uno.

Admitida a trámite dicha solicitud con la fecha aludida, se le procedió a dar entrada con el número 605/11, 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 Resolución de 1 de julio de 2009, de la Dirección del Área Territorial de Madrid-Norte de la Consejería de Educación, se reconoció a la funcionaria docente del Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional anteriormente mencionada, el primer componente por formación permanente (sexenios) con efectos económicos de 1 de agosto de 2009.

Analizado el expediente administrativo y económico de la interesada, se constata que el primer sexenio, reconocido con efectos económicos de 1 de agosto de 2009, le correspondería percibirlo con efectos de 6 de septiembre de 2010, pues parte de los servicios computados a efectos de trienios, durante un año, un mes y cinco días, no podían serlo a efectos de sexenios, ya que no habían sido prestados en la función pública docente sino como contratada laboral eventual en la Facultad de Psicología de la Universidad Autónoma de Madrid.

Consta en el expediente el contrato de trabajo de la interesada con la Universidad Autónoma de Madrid en el que se pone de manifiesto que el contenido de su relación laboral era de apoyo a la coordinación y gestión administrativa de los contratos de inserción desde la Universidad Autónoma de Madrid.

Con fecha 8 de junio de 2011 se solicita por la Dirección Área Territorial de Madrid-Norte el inicio del procedimiento de revisión de oficio del sexenio número uno, 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).

Dicho procedimiento de revisión se fundamenta en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.f de la Ley 30/1992 al tratarse, el acto objeto de revisión, de un acto contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquieren unos derechos careciendo de los requisitos esenciales para ello.

Mediante Orden de la Consejera de Educación y Empleo número 2709/2011, de 5 de julio, se acordó el inicio del procedimiento de revisión de oficio solicitado por la Dirección del Área Territorial de Madrid-Norte con fecha 8 de junio de 2011. Dicha Orden fue notificada a la interesada el 20 de julio de 2011, concediéndole el trámite de audiencia previsto en el artículo 80 LRJ-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 conveniente.

Con fecha 8 de agosto de 2011, la interesada presenta escrito de alegaciones en el que solicita se anule el procedimiento de revisión de oficio iniciado por cuanto ya en su momento acreditó que los servicios reconocidos a efectos de docencia como Psicóloga Social lo fueron en la Universidad Autónoma de Madrid, la cual es una Administración Pública dedicada a la docencia.

Concluido el trámite de audiencia y de acuerdo con el informe favorable del Servicio Jurídico en la Consejería de Educación y Empleo de 25 de agosto de 2011, se formula el 13 de septiembre de 2011 por el Secretario General Técnico de la Consejería de Educación y Empleo, propuesta de resolución de declaración de nulidad del acto administrativo de reconocimiento del complemento de formación permanente (sexenio) número uno a la interesada.

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 a la interesada el 16 de septiembre de 2011.

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 y Empleo, 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), segundo párrafo 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 el acto, de 1 de julio de 2009, de reconocimiento del componente por formación permanente. 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. El acto que se pretende revisar pone fin a la vía administrativa.

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 (pudiera 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 2709/2011, de 5 de julio, de la Consejera de Educación y Empleo, 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 el

14 de septiembre de 2011 (entrada en el Registro del Consejo el 19 de septiembre 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 del sexenio, con su respectivo efecto económico, supone una actuación administrativa favorable para la interesada 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 por terceros.

En nuestro caso, el acuerdo de inicio del procedimiento de revisión de oficio se fundamenta en que el acto de reconocimiento del primer sexenio vulnera 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 como funcionario de carrera 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 en la Universidad Autónoma de Madrid como contratada laboral en labores de apoyo a la coordinación y gestión administrativa de los contratos de inserción gestionados desde la Facultad de Psicología de dicha Universidad, dirigido por dos profesores de la misma.

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 para el apoyo a la coordinación y gestión administrativa de los contratos de inserción gestionados desde la Facultad de Psicología de dicha Universidad, dirigido por dos profesores de la misma.

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 efecto, según se deriva de los contratos suscritos entre la interesada y la Universidad Autónoma de Madrid, que obran en el expediente, aquélla estuvo contratada como personal eventual para el *“apoyo a la coordinación y gestión administrativa de los contratos de inserción desde la U.A.M.”*, de lo que claramente se infiere que los servicios prestados no incluyen la función docente; conclusión a la que asimismo se llega a la vista del certificado emitido con fecha de 30 de diciembre de 2003 por el responsable del programa de contratos de inserción, promovido por la citada Universidad, en el que se explicita que las funciones principales desarrolladas por la interesada fueron la gestión y seguimiento de los recursos humanos colaboradores enmarcados en el referido programa; la elaboración de una base de datos relativa a los recursos para la formación, orientación laboral, búsqueda de empleo, investigación, becas, premios, etc. en la Comunidad de Madrid; y la búsqueda de financiación para el proyecto de investigación *“Profesionalización de los Recursos Humanos en el Tercer Sector”*, actividades que son ajenas a la actividad docente.

En consecuencia, el tiempo en el que la afectada estuvo desarrollando estas funciones (1 año, 1 mes y 5 días) no puede ser computado a efectos del reconocimiento del complemento permanente de formación del profesorado y, en consecuencia, procede anular el acto de reconocimiento de tal complemento con efectos económicos desde el 1 de agosto de 2009.

Ahora bien, debe quedar reseñado que el acto que se pretende revisar debería ser sustituido por otro acto de reconocimiento del primer sexenio que fije 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 recalcar 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 primer 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.

Madrid, 13 de octubre de 2011