



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero y
Ponente

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 14 de mayo de 2015, ha examinado el *expediente de revisión de oficio incoado por la Diputación de xxx1*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 27 de abril de 2015 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de revisión de oficio incoado por la Diputación de xxx1, a propuesta del Centro Informático Provincial de xxx1 (qqqq), de la situación de hecho de perfeccionamiento del primer trienio y segundo trienio y de los Decretos del Presidente de qqqq 73/2002, de 17 de septiembre, 60/2005, de 17 de agosto, 67/2008, de 4 de agosto, 78/2011, de 5 de septiembre y 69/2014, de 21 de agosto, relativos al reconocimiento de trienios del empleado público D. xxxx.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite en esa misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 163/2015, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Velasco Rodríguez.



Primero.- Mediante Decreto 98/14, de 26 de noviembre, se autoriza y dispone el gasto y se reconocen y liquidan las obligaciones derivadas de la nómina del mes de noviembre del año 2014.

Segundo.- En la Diligencia del Jefe de la Unidad Administrativa de 18 de noviembre de 2014 se señala que "En relación con este tema de perfeccionamiento de trienios, se ha comprobado, que xxxx, cobra todos los 7 trienios del grupo A1 y sin embargo, a juicio del que suscribe, debería cobrar cinco trienios del grupo A2 y dos del grupo A1 (los perfeccionados en 2011 y 2014).

»Así se desprende de su participación en la convocatoria pública mediante promoción interna en el año 2010 para promocionar del grupo II al grupo I en cuya convocatoria estaba establecido que: 'Además de estos requisitos generales, los aspirantes por el turno de promoción interna deberán ser personal fijo que presten servicios en qqqq pertenecientes al grupo inmediatamente inferior al de la plaza que se convoca y tener una antigüedad de al menos dos años en el grupo desde el que se opta y de su posterior nombramiento.

»También se comprueba estos extremos en las distintas plantillas y RPTs publicadas desde el año 2007".

Tercero.- El 25 de noviembre la interventora adjunta accidental emite informe en el que señala: "En consecuencia hasta que no se anulen en su caso los actos de perfeccionamiento de trienios, cuya legalidad se discute, procede realizar el pago de la nómina, instando desde esta Intervención para que sin dilación se inicie el expediente de revisión de oficio de los trienios perfeccionado por (...) y se emita el informe que analice si procede instar un procedimiento de revisión de oficio para el perfeccionamiento de trienios de xxxx.

»Respecto del posible reintegro de los pagos indebidos, la revisión de estos actos se producirá con la revisión de oficio de los actos nulos o anulables (...)"

Cuarto.- Mediante Decreto 6/2015, de 26 de enero, se autoriza y dispone el gasto y se reconocen y liquidan las obligaciones derivadas de la nómina del mes de enero del año 2015.



Quinto.- El 12 de enero de 2015 la secretaria técnica emite informe en el que concluye: "(...) en los incrementos retributivos (trienios) anteriores al Decreto 26/2001, aplicados al salario fijado en el contrato, el interesado reunía los requisitos de titulación necesarios para el abono de trienios correspondientes al Grupo I. Sin embargo, el puesto de trabajo desempeñado fue clasificado como Grupo II del personal laboral tras la entrada en vigor de la RPT y así fue tenido en cuenta a la hora de llevar a cabo la promoción interna celebrada en el año 2010. Por ello, puede considerarse que nos encontramos ante un acto presunto contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquirieron derechos (trienios) sin reunir todos (aunque sí algunos) de los requisitos esenciales para su adquisición en los términos el artículo 62.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y por ello susceptible de revisión de oficio conforme al artículo 102 de la misma Ley. No obstante, a juicio de la que suscribe y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, el ejercicio de la revisión de oficio podría resultar contrario a los principios del artículo 106 de la Ley 30/92 así como al principio de seguridad jurídica".

Sexto.- El 23 de enero la interventora adjunta accidental emite informe en el que concluye que tiene que tramitarse el procedimiento de revisión de oficio de los trienios perfeccionados por D. xxxx.

Séptimo.- El 27 de febrero de 2015 el Consejo Rector del Organismo Autónomo Centro Informático Provincial de xxx1 (qqqq) acuerda iniciar el procedimiento para la revisión de oficio de la situación de hecho de perfeccionamiento del primer trienio y el segundo trienio y de los Decretos del Presidente de qqqq 73/2002, de 17 de septiembre, 60/2005, de 17 de agosto, 67/2008, de 4 de agosto, 78/2011, de 5 de septiembre y 69/2014, de 21 de agosto, relativos al reconocimiento de trienios del empleado público D. xxxx, por considerar que pudiera concurrir la causa de nulidad prevista en del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es decir, la de ser un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquiere un derecho cuando se carece de los requisitos esenciales para ello, lo que se notifica al interesado.

Octavo.- En el trámite de audiencia, el interesado no formula alegaciones.



Noveno.- El 24 de marzo de 2015 se formula propuesta de resolución, a la vista del informe del Secretario General de qqqq de 10 de marzo, en el que se concluye que no se lleve a cabo la revisión de oficio de los actos administrativos pues en el caso del reconocimiento de los tres primeros trienios, ya sea mediante acto presunto o mediante acto administrativo expreso, por el tiempo transcurrido desde entonces y por vulneración del principio de buena fe del interesado. En el caso de los Decretos 60/2005, de 17 de agosto, 67/2008, de 4 de agosto, 78/2011, de 5 de septiembre y 69/2014, de 21 de agosto, por considerarse que son conformes al ordenamiento jurídico. Se acuerda la suspensión del plazo para resolver el procedimiento de revisión de oficio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Única.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento de revisión de oficio incoado por el organismo autónomo Centro Informático Provincial de xxx1 (qqqq), dependiente de la Diputación Provincial de xxx1, para declarar la nulidad de la situación de hecho de perfeccionamiento del primer trienio y segundo trienio y de los Decretos del Presidente del qqqq 73/2002, de 17 de septiembre, 60/2005, de 17 de agosto, 67/2008, de 4 de agosto, 78/2011, de 5 de septiembre y 69/2014, de 21 de agosto, relativos al reconocimiento de trienios de D. xxxx, personal laboral de dicho organismo.

Los actos cuya revisión se pretende se refieren al reconocimiento de trienios a un trabajador, en el marco de una relación laboral entre éste y una Administración, en este caso un organismo autónomo.

Este Consejo Consultivo tuvo ocasión de analizar, en sus Dictámenes 402/2009, de 21 de mayo, y 1.372/2009, de 13 de enero de 2010, la posibilidad de que la Administración revise de oficio los actos dictados en el ámbito de una relación laboral con un tercero, regida por normas distintas a las del Derecho Administrativo, en este caso por las normas de la legislación laboral.



La posición actual del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos autonómicos es la de mantener que en la configuración de las relaciones contractuales cabe distinguir una fase de preparación, apoyada en lo dispuesto en el artículo 177.1 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, según el cual, "la selección de personal laboral se rige por lo establecido en el artículo 103 de la Ley 7/1985, de 2 de abril". Este último precepto exige el "respeto al principio de igualdad de oportunidades de cuantos reúnan los requisitos exigidos" y se remite a lo previsto en el artículo 91 de la misma ley, cuyo apartado 2 dispone: "La selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad".

Según el Consejo de Estado, estos condicionamientos previos de la relación laboral que se establezca mediante contrato, permiten introducir el concepto de "acto separable" en la contratación laboral de las Administraciones Públicas. Tal doctrina parte de la distinción entre el proceso de selección o preparatorio del contrato (proceso sujeto al régimen jurídico administrativo) y la relación jurídico laboral ya constituida (sometida a sus normas y jurisdicción propias).

Esta doctrina de los actos separables se ha recogido por el Consejo de Estado en los Dictámenes 202/1994, de 15 de junio, 2.878/1995, de 11 de abril de 1996, 249/1994, de 24 de marzo, y 849/1994, de 9 de junio. Este mismo criterio se mantiene también por algunos Consejo Consultivos autonómicos: así, el de la Comunidad Valenciana (Dictamen 2001/545, de 20 de diciembre), el de Andalucía (dictámenes 80/1998, de 20 de julio, 289/2006, de 12 de julio, y 770/2008, 29 de diciembre), el de Castilla-La Mancha (dictámenes 122/2001, de 12 de noviembre, 150/2002, de 19 de diciembre, y 30/2010, de 10 de marzo) o el de Canarias (dictámenes 69/2014, de 6 de marzo, 366/2014, de 14 de octubre).

La aplicación de la doctrina de los actos separables a la contratación laboral ha sido también admitida por el Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª), en Sentencia de 18 de octubre de



1999, para diferenciar “entre el contrato de trabajo propiamente dicho que pueda perfeccionar una Administración pública, y la actividad administrativa, que lo precederá, de selección de la persona particular con la que se convendrá dicho vínculo laboral. La observancia del mandato del art. 23.2 CE se ha de desarrollar, no a través del contrato, sino mediante esa actividad anterior de selección”.

Expuesto lo anterior, el asunto examinado consiste en la revisión de actos de perfeccionamiento trienios, adoptado por la Administración en su condición de empleadora, y por tanto, inserto en el desarrollo de la relación laboral existente. Ello obliga a analizar, sobre la base de la distinción de los actos separables, si la anulación de dicho acto exige como requisito ineludible la tramitación establecida en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Actualmente, esta cuestión está resuelta por la Sentencia de 8 de octubre de 2009, de la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo, dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina. Dicha sentencia señala lo siguiente:

“La doctrina administrativista más autorizada define el acto administrativo como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa. Y en el caso que nos ocupa es claro que no estamos ante una actuación del Ministerio demandado en el ejercicio de esa potestad. Tanto al reconocer a los trabajadores demandantes la antigüedad que reclamaban, como al rectificar luego su decisión, el Ministerio ha actuado claramente como empresario, en el marco de la relación laboral que mantiene con ambos demandantes, y aplicando normas de indiscutible carácter laboral (...).

»Pues bien, los actos de la Administración cuando actúa como empresario no están sujetos al derecho administrativo, sino al derecho laboral, como los de cualquier otro empresario. Y al no estar sujetos al derecho administrativo, es claro que no le son de aplicación las previsiones que para la revisión de los actos administrativos en sentido estricto establece el Título VII de la Ley 30/1992 (LRJPAC), y más concretamente, su art. 103 sobre declaración de lesividad de los actos anulables. La Administración, cuando actúa como empresario laboral puede, como cualquier otro, modificar sus decisiones por sí



mismo, sin perjuicio de su posterior control judicial. Y el trabajador con relación laboral a su servicio, tampoco está obligado a agotar los recursos que los arts. 107 y siguientes de la LRJPAC prevén para la revisión de los actos administrativos sujetos al derecho administrativo. La propia Ley en el art. 125 de su Título VIII establece una vía más rápida y sencilla como es la simple reclamación previa, para que el trabajador que esté en desacuerdo con la decisión de su empresario, pueda obtener en vía judicial el reconocimiento del derecho que éste le niega (...).

»Procede por último señalar que ésta decisión no contradice en absoluto la doctrina de la sentencia de 29-5-07 (rec. 103/2006), que la recurrida interpreta erróneamente; nuestra sentencia no exige en modo alguno la aplicación del art. 103 LRJPAC, sino que reitera el sujeción de la Administración Pública a la normativa laboral; y se limita a rechazar la denuncia del art. 105 de dicha ley por falta de fundamentación jurídica.

»Entender lo contrario, y considerar que la Administración-empresario está obligada, siempre que decida modificar una decisión de carácter laboral, a efectuar una previa declaración de lesividad, para luego proceder a su impugnación ante el orden contencioso-administrativo como dispone el art. 103 de la LRJPAC conduciría al absurdo. Pues dicho orden de la Jurisdicción habría de resolver, no con carácter prejudicial sino definitivo, una cuestión estrictamente laboral (...).”

De acuerdo con ello, la vía de la revisión de oficio no es la adecuada para anular un acto declarativo de derecho dictado por la Administración en el seno de una relación laboral, sino que el procedimiento es el previsto en el artículo 151.10 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, según el cual “La Administración autora de un acto administrativo declarativo de derechos cuyo conocimiento corresponda a este orden jurisdiccional, está legitimada para impugnarlo ante este mismo orden, previa su declaración de lesividad para el interés público en los términos legalmente establecidos y en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha de declaración de lesividad”. La Administración deberá, pues, interponer ante el Tribunal competente el llamado recurso de lesividad.

En virtud de lo expuesto, la conclusión ha de ser desfavorable a la revisión de oficio pretendida, ya que el procedimiento seguido para ello no es el



adecuado, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación ante el orden jurisdicción social cumpliendo los requisitos y formalidades previstos en las normas aplicables.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

No procede revisar de oficio la situación de hecho de perfeccionamiento del primer trienio y segundo trienio y de los Decretos del Presidente de qqqq 73/2002, de 17 de septiembre, 60/2005, de 17 de agosto, 67/2008, de 4 de agosto, 78/2011, de 5 de septiembre y 69/2014, de 21 de agosto, relativos al reconocimiento de trienios del empleado público D. xxxx.

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