



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 8 4 / 1 9 9 7

La Laguna, a 2 de octubre de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *Revisión de oficio de la Resolución de fecha 17 de abril de 1996, dictada por el Jefe de Servicio de Medios de personal por delegación de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía y Hacienda (EXP. 19/1997 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

Se emite este Dictamen, preceptivamente solicitado por la Presidencia del Gobierno de la Comunidad Autónoma (CAC), sobre la adecuación jurídica del Proyecto de Orden por la que la Administración autonómica se propone revisar de oficio, declarando su nulidad, la Resolución de la Consejería de Hacienda, de 17 de abril de 1996, por la que se concedió al funcionario A.B.S. ayuda médica especial.

Todo ello, de conformidad con lo establecido en los artículos 11.1 y 10.7, éste en relación con lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de la Ley del Consejo Consultivo (LCC).

Concretamente, la revisión acordada de oficio y su consiguiente proyectada conclusión se fundan en que la Resolución afectada ha infringido el artículo 2.a) del Reglamento especial regulador de la asistencia médico-farmacéutica al personal de la Junta de Canarias (REAM), aprobado por su Pleno el 29 de noviembre de 1980, que es de aplicación a los funcionarios procedentes de las Corporaciones Locales en situación de activo o de jubilado, según el precepto reglamentario citado,

* **PONENTE:** Sr. Petrovelly Curbelo.

condiciones que no tenía el beneficiario de la ayuda concedida por estar en situación de servicios especiales, de manera que procede aplicar el mencionado artículo 103.1, Ley 30/1992 al respecto.

II

1. En primer lugar, ha de convenirse la efectiva aplicabilidad del REAM a los funcionarios que, tras la sucesión de la Junta por la CAC, pasaron a ser autonómicos procediendo de las Corporaciones Locales canarias y permanecieron acogidos a la MUNPAL. Y, asimismo, que se han respetado en este procedimiento los trámites que legalmente se disponen como de obligada realización al efecto, incluida la audiencia al interesado tras ser corregida por el órgano actuante, a indicación de este Organismo, la inicial e indebida no realización de dicho trámite.

Pues bien, partiéndose del hecho de que el afectado es un funcionario autonómico que realiza funciones políticas en un Ente local, accediendo a ello por la vía electoral jurídicamente pertinente, ha de indicarse ante todo que el artículo 41.h) de la Ley autonómica 2/1987, de la Función Pública Canaria (LFPC), dispone que los funcionarios pasan a la situación de servicios especiales cuando desempeñen cargos electivos retribuidos y de dedicación exclusiva en las Corporaciones Locales.

Precisamente, el precepto básico del artículo 29.2.h) de la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la Función Pública (LMRFP), establece exactamente la regla antedicha y, en fin, lo mismo hace congruentemente el artículo 74.1.b) de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de Régimen Local (LRBRL), respecto a los miembros de las Corporaciones Locales. Lógicamente, el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, aprobado por el Real Decreto 730/1986, atribuye en su artículo 4.h) la indicada situación a esos funcionarios de cumplirse las dos condiciones legales reseñadas.

Los funcionarios en situación de servicios especiales tienen, de conformidad con la legislación en la materia precitada, el derecho a que se les compute el tiempo en que permanezcan en ella a efectos de ascenso, trienios y derechos pasivos. Asimismo, el derecho a la reserva de la plaza y destino, percibiendo por demás las retribuciones del puesto o cargo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios, aunque sí los trienios (cfr. artículo 41, penúltimo párrafo, LFPC).

Sin embargo, la propia LFPC (cfr. artículo 42) dispone, como excepción a la regla precedente, que los funcionarios autonómicos electos como miembros de las Corporaciones Locales canarias, concretamente en los de Municipios con más de veinte mil habitantes, podrán pasar a servicios especiales pero seguir percibiendo sus haberes de la CAC, siempre que, además de la indicada condición, se cumplan particularmente las siguientes: no cobrar retribuciones periódicas en el cargo para el que se ha sido elegido; estar en idéntico régimen de incompatibilidades que en el servicio activo; ser portavoz de un grupo institucional constituido a partir de una lista electoral que obtuviese más del veinte por ciento de los sufragios.

2. Según consta en la documentación obrante en el expediente, el funcionario afectado no percibía retribución alguna del Ayuntamiento de Telde, del que era Concejal electo, por acogerse a la regla del artículo 42, LFP, siendo portavoz del Grupo Coalición Canaria del mismo, cuya lista electoral obtuvo en las pertinentes elecciones locales más del veinte por ciento de los votos, correspondiéndole un puesto de dedicación exclusiva y retribuible. Además, es público y notorio que el Municipio de Telde tiene más de veinte mil habitantes.

Por consiguiente, concurren las condiciones determinadas en la legislación de la CAC para que este funcionario autonómico, con puesto de trabajo en la Consejería de Hacienda de la Administración autonómica, estuviere en situación de servicios especiales en el Cuerpo funcional correspondiente, aunque percibiendo sus retribuciones de la Comunidad Autónoma y no del Ayuntamiento de Telde, como se deduce de lo documentalmente actuado. Y, justamente, la Resolución de 12 de abril de 1993 declaró procedentemente al funcionario de referencia en servicios especiales, con mención expresa del citado artículo 42, LFPC.

Es claro que el funcionario no podía haber estado en otra situación pues, habiendo optado por la aplicación de la regla excepcional del precepto legal autonómico antes señalado, ello presupone que le correspondía estar en la situación servicios especiales, presupuesto legal para poderse efectuar dicha opción, al ocupar un cargo de dedicación exclusiva y, en principio, retribuible en el Ayuntamiento teldense. Esto es, la excepcionalidad sólo es aplicable cuando la situación que corresponde legalmente es la de servicios especiales, no la de servicio activo,

debiéndose recordar también que aquélla opera *ex lege* y no a voluntad de la Administración o del interesado.

En todo caso, lo cierto es que el funcionario estaba en situación de servicios especiales cuando solicitó y se le otorgó la ayuda médica que trae causa, de modo que no podía disfrutar de un beneficio, como el indicado, que la norma reguladora del mismo asigna expresamente como susceptible de ser recibido por los funcionarios en situación bien distinta a la que tenía tal funcionario, cual es la de servicio activo. En efecto, está constatado que pasó a situación de servicios especiales con efectos desde el 29 de junio de 1992 y recibió la ayuda médica el 15 de marzo de 1996.

3. El funcionario afectado alegó en defensa de su derecho el precepto del artículo 3.g) del Reglamento estatal mencionado en el Punto I de este Fundamento, el cual declara en situación de servicio activo a los funcionarios, estatales obviamente, que acceden a la condición de miembros de las Corporaciones Locales, pero, de conformidad con lo dispuesto en el asimismo citado artículo 74, LRBRL, siempre que no desempeñen cargo retribuido y de dedicación exclusiva en ellas.

De esta norma deduce el interesado que no podía estar en situación de servicios especiales, sino de activo, pues, aún cuando ocupare puesto de dedicación exclusiva, no percibía retribuciones por ello de la Corporación de la que era miembro.

Sin embargo, esta inteligencia y subsiguiente aplicación de dicho precepto no es correcta constitucional, ni objetivamente. Para empezar, porque es una normativa estatal, aplicable a los funcionarios estatales y no a los autonómicos, que, por demás, no es básica, ni puede entenderse que lo sea por ser reglamentaria y no tener fundamento legal básico previo que pudiera decirse que desarrolla con tal carácter. Por tanto, sólo sería aplicable en defecto de norma autonómica en la materia y, además, por analogía a situaciones similares de funcionarios autonómicos.

Pero no es el caso porque existe regulación legal de la CAC al respecto que, desde luego, con respeto de la básica estatal sobre Función Pública y Régimen Local, ordena explícitamente la cuestión que nos interesa y lo hace en el sentido expuesto en el Punto precedente. Y, por supuesto, ni qué decir tiene que un Reglamento estatal no puede modificar o derogar una Ley autonómica, ni tampoco, aún siendo básico, que no lo es, producir la inaplicación de sus normas, pues este eventual efecto sólo podría ser generado por la Ley básica que desarrollare, aquí inexistente.

Además, como acertadamente se señala en la Resolución proyectada, que ciertamente ha de tener forma de Orden a emitir por el titular de la Consejería de Hacienda, en la que tiene derecho de reserva de puesto y destino el funcionario y de la que éste procede, dicho funcionario difícilmente puede estar en situación de activo porque no ocupa tal puesto y no puede realizar las funciones correspondientes al mismo (cfr. artículos 34, 37 y 42, Ley autonómica 1/1983 y 38.1, LFPC).

Y, naturalmente, no es argumento de recibo a ningún efecto o fin el que, según sostiene el afectado, en otros supuestos funcionariales similares al suyo se han abonado ayudas médicas como la otorgada a él. Primero porque habría que conocer cuáles son y determinar, consecuentemente, si hay semejante similitud o no y si los interesados lograron adecuadamente su ayuda. Pero también porque, de haberla, serían asimismo contrarios a Derecho y, por supuesto, estas antijuridicidades nunca pueden fundamentar o justificar la realización de otras posteriores.

III

En resumidas cuentas, ha de admitirse que no sólo existe causa para proceder a la revisión de oficio de la Resolución que otorgó la ayuda médica de que se trata, sino que, en realidad, tal acto puede ser declarado radicalmente nulo, no meramente anulable, siendo de aplicación el artículo 62.1.f), Ley 30/1992 y, por tanto, el 102 de dicha Ley. Es decir, no son aplicables los artículos 63.1 y 103.1, Ley 30/1992, como parece entender el órgano actuante y proponente, de manera que, aunque sin duda el acto es declarativo de derechos e infringe gravemente una norma reglamentaria, no es menester iniciar el procedimiento de revisión antes de cuatro años desde que se tomó.

Así, estamos en presencia de un acto expreso y contrario al Ordenamiento Jurídico por el que se ha adquirido un derecho cuando el receptor, el funcionario en cuestión, carece de un requisito esencial para obtenerlo, cual es que ha de estar necesariamente en situación de servicio activo o jubilado, puesto que estaba demostradamente en la de servicios especiales. Y ello, aún cuando cumpla los requisitos de ser funcionario autonómico procedente de una Corporación Local y afiliado a la MUNPAL.

Consecuencia de lo antedicho es que la actuación proyectada debiera acomodarse a las normas que, a juicio de esta Organismo, son aplicables al caso para ser formalmente ajustada a Derecho de forma plena. Y, lógicamente, que este Dictamen, sin duda de preceptiva solicitud, tendría entonces el carácter obstativo que le atribuye el artículo 102.1, Ley 30/1992, cabiendo considerar que es, en efecto, favorable a la declaración de nulidad de la Resolución que trae causa. Por lo que no parece necesario que, dadas las particulares circunstancias de este supuesto, vuelva a ser solicitado preceptivamente otro sobre el proyecto de Resolución ajustado a las observaciones de éste.

C O N C L U S I O N

Es ajustado a Derecho que se proceda a la revisión de oficio del acto objeto del Proyecto de Resolución revisado. Sin embargo, tal acto es nulo de pleno Derecho y, por tanto, es aplicable el procedimiento y declaración previstos en el artículo 102.1, Ley 30/1992, no siendo en consecuencia adecuada dicha Resolución en cuanto entiende que aquél es meramente anulable y pretende declararlo nulo a través del procedimiento ordenado en el artículo 103.1 de la citada Ley.