



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 / 1 9 9 8

La Laguna, a 13 de mayo de 1998.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *revisión de oficio del acto presunto por el que se estimó la solicitud formulada por J.F.A.P., de su pase a servicios especiales con cargo al presupuesto general insular (EXP. 30/1998 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. A solicitud del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, y de conformidad con lo que disponen los artículos 10.7 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se emite el presente dictamen en relación con una propuesta de resolución de un expediente de revisión de oficio tramitado por el Excmo. Cabildo Insular de El Hierro en relación con el acto presunto estimatorio de una solicitud de pase a servicios especiales y con cargo al presupuesto de la misma, interesada por el funcionario de carrera de dicha Corporación a que se refiere el expediente cuya propuesta de resolución se dictamina.

2. La competencia del Consejo para conocer del asunto referenciado resulta de lo previsto en el art. 102 LPAC en relación con el art. 10.7 LCCC, con la especial cualificación que se deriva del carácter "favorable" que se requiere del dictamen que debe preceder a la declaración de oficio de la nulidad que se pretende.

* PONENTE: Sr. Trujillo Fernández.

3. Por su parte, conforme se ha razonado en diversos dictámenes de este Organismo (ver por todos DCC nº 19/1997, F. III) y asume la propia Propuesta de Resolución, la competencia para resolver el procedimiento revisor se atribuye al Pleno de la Corporación Insular, en base a lo establecido en el art. 56.2 de la Ley Jurisdiccional, en relación al art. 110 de la Ley de Bases de Régimen Local, según resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias de 3 de junio de 1985 (Arts. 3.203) y 2 de febrero 1987 (Arts. 2.903).

4. En la tramitación del expediente se han observado las formalidades exigidas por las normas reguladoras del procedimiento administrativo común, en particular la audiencia al interesado (art. 8), así como la valoración por la propuesta de resolución de todas las cuestiones planteadas por el interesado (art. 89.1 LPAC) que, en el caso que nos ocupa, se han centrado en combatir el ejercicio de la facultad revisora de la Administración, dada la incidencia que tiene, a su juicio el pronunciamiento judicial que después se indica, eludiendo la cuestión de fondo consistente en esclarecer si concurre o no causa de nulidad. Por todo ello, procede entrar en el análisis de la cuestión planteada en la Propuesta de Resolución que se somete a este Consejo.

II

Para centrar adecuadamente el análisis de los problemas jurídicos sobre los que ha de pronunciarse este Consejo, han de tenerse presentes estos antecedentes:

1. Con fecha de 4 de septiembre de 1995, el interesado solicitó el pase a la situación de servicios especiales al haber sido elegido Diputado autonómico en las elecciones de mayo de dicho año, en base al artículo 41 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria (LFC), "en los términos reconocidos en el artículo 42.1 de la citada Ley, todo ello amparado en el reconocimiento de Instituciones de la Comunidad autónoma de los Cabildos insulares recogido en el artículo 5.2 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones públicas canarias y demás concordantes". Al no obtener respuesta expresas a su solicitud, con fecha de 5 de febrero de 1996, solicitó la expedición del certificado de acto presunto estimatorio.

2. Previo informes de la Secretaría de la Corporación y de la Dirección General de la Función Pública de la Comunidad autónoma, con fecha de 23 de febrero de 1995, la Presidencia del Cabildo resuelve: a) estimar en parte la solicitud "en cuanto

a declarar su derecho al pase a la situación administrativa de servicios especiales, con los efectos prevenidos en el artículo 92.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, desarrollado por el artículo 6. g) del R.D. 731/1986, de 11 de abril"; b) "desestimar expresamente la instancia en cuanto a la pretensión de ampararse en los efectos económicos establecidos en el artículo 42 de la Ley territorial 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública de Canarias, por no ser de aplicación al caso".

3. Esta resolución fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo contencioso-administrativo de Santa Cruz de Tenerife) interesándose que por la misma se declarase: *Primero*. Que el artículo 42.1 LFPC es de aplicación a los funcionarios de la Administración local, y en consecuencia a la solicitud presentada. *Segundo*. El deber de la Administración de emitir la certificación de acto presunto con carácter estimatorio, y su incapacidad para resolver expresamente en sentido contrario a tal efecto. *Tercero*. Declarar la nulidad de pleno derecho del Decreto de la Presidencia del Cabildo insular ya referido. *Cuarto*. Condenar al Cabildo Insular del Hierro a estar y pasar por tales declaraciones, y a lo demás que en derecho proceda, con expresa imposición de costas, de oponerse a estas pretensiones.

4. Con fecha de 12 de diciembre de 1997, la mencionada Sala resuelve estimar parcialmente el recurso, revocar el acto impugnado por ser contrario a Derecho y acoger expresamente las pretensiones contenidas en los apartados 2º y 3º del suplico de la demanda [transcritos en el párrafo anterior], así como desestimar expresamente la contenida en el apartado 1º y declarar, respecto de la pretensión contenida en el apartado 4º, la obligación del Cabildo de atenerse a lo ordenado en la sentencia, sin que se aprecien motivos para hacer especial condena en costas a ninguna de las partes.

5. En ejecución de la sentencia nº 814/97, de 12 de diciembre del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, el Presidente del Cabildo emite certificación de acto presunto nº 1/98, de 4 de febrero, en la que se expresa "que los efectos generados por la ausencia de resolución expresa son estimatorios de la solicitud de servicios especiales en los términos y con el alcance y contenidos del fallo de la sentencia a que me remito". Seguidamente, con fecha de 5 de febrero de 1998, la Presidencia del Cabildo ordena iniciar los trámites correspondientes al procedimiento

de revisión, dictándose a continuación el Decreto nº 134/98 de 9 de febrero, de incoación del expediente de revisión y de suspensión del acto objeto de revisión.

6. En trámite de audiencia, el interesado formula oposición en la que en esencia se argumenta que “no estamos en presencia de un caso en el cual la Administración inicia una revisión de oficio una vez nacido el acto presunto positivo, sino que éste es reconocido por medio de sentencia declarativa de derechos, a la cual se encuentra sujeta la Administración”, y que “la revisión del acto presunto (en este caso declarado por sentencia, no por la Administración) supone la revisión en realidad de la sentencia, cosa completamente vedada a la Administración puesto que el control de legalidad ya no le corresponde a ella sino al Tribunal”.

III

Entrando a analizar las cuestiones jurídicas que se suscitan, entendemos que, ante todo, ha de dilucidarse lo concerniente a la aplicabilidad del artículo 42.1 LFPC al supuesto considerado y, en su caso, las consecuencias que de su inaplicabilidad se derivan para la declaración de nulidad que se pretende. Subsiguientemente, ha de analizarse la naturaleza del acto objeto de revisión, toda vez que por el interesado se afirma su carácter jurisdiccional y, por ende, su exclusión de la esfera propia de la Administración revisora. Finalmente, se hará una última consideración contenida en el apartado 3 de este Fundamento, a propósito de la suspensión acordada con simultaneidad a la iniciación del procedimiento de revisión.

1. Puesto que de la naturaleza del acto a revisar resulta con toda evidencia su carácter declarativo de derechos y que de la resolución judicial referida se apunta la necesidad de acudir, en su caso, al procedimiento revisor, el problema de fondo que se ha de resolver consiste en determinar si el artículo 42.1 citado es o no aplicable a aquellos funcionarios de carrera de un Cabildo insular que sean elegidos miembros del Parlamento de Canarias.

1.1. Al efecto ha de partirse del régimen jurídico al que se hallan sujetos los funcionarios de la Administración local, como es el caso que nos ocupa, y, a partir de ahí, analizar el tratamiento que dicho régimen recibe por parte de nuestra Comunidad autónoma en el espacio normativo que queda a disposición de la misma en relación con las situaciones en las que dichos funcionarios pueden encontrarse. Pues, como dispone la LRBRL, dichos funcionarios “se rigen, en lo no dispuesto por

esta Ley, por la legislación del Estado y de las Comunidades autónomas en los términos del artículo 149, 1. 18ª de la Constitución” (art. 92.1). Por otra parte, en lo concerniente a las situaciones en las que pueden hallarse los funcionarios de carrera de la Administración local, entre las que se contempla la de “servicios especiales”, el R.D. legislativo 781/1986, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRRL) dispone que tales situaciones “se regularán por la normativa básica estatal y por la legislación de la función pública de la Comunidad autónoma y, supletoriamente, por la legislación de los funcionarios de las Administración del Estado (...)” (art. 140.2).

La normativa estatal básica a la que se remite establece al respecto que los funcionarios públicos pasarán a la situación de servicios especiales, entre otros supuestos, “cuando accedan a la condición de miembros de las Asambleas legislativas de las Comunidades autónomas si perciben retribuciones periódicas por el desempeño de la función”; y, de no percibirse éstas, dichos funcionarios “podrán optar entre permanecer en la situación de servicio activo o pasar a la de servicios especiales, sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades autónomas sobre incompatibilidades de los miembros de las Asambleas legislativas” [art. 29.2, g) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública].

La legislación autonómica no regula en los mismos términos este supuesto. La Ley 2/87 citada: a) además de contemplar el mismo supuesto regulado en la Ley básica estatal para los funcionarios de la Administración autonómica (art. 41), dispone que “(...) los *funcionarios de la Comunidad autónoma* que sean elegidos miembros del Parlamento de Canarias [o de las Corporaciones insulares o municipales de esta Comunidad, en este último supuesto en municipios con más de veinte mil habitantes] podrán acceder a la situación de servicios especiales y continuar percibiendo sus haberes de la Administración de la Comunidad autónoma”, condicionando el ejercicio de esta facultad a que no cobren retribuciones periódicas en el cargo para el que fueron elegidos y continúen afectados por el mismo régimen de incompatibilidades que cuando el funcionario se hallaba en servicio activo (art. 42.1); b) no contempla la situación de los funcionarios de la Administración local que pudieran ser elegidos miembros del Parlamento autónomo, limitándose al ordenar las situaciones de los funcionarios de dicha Administración a prever su “derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones” previstas en la mencionada ley (art.

89) y a indicar que cuando tales funcionarios “desempeñen un puesto de trabajo en la Administración pública de la Comunidad autónoma “percibirán sus retribuciones por los mismos conceptos y en las mismas cuantías que los que correspondan a un funcionario del mismo grupo de la Comunidad autónoma en un puesto similar” (art. 91).

1.2. El argumento, invocado por el funcionario afectado, según el cual la aplicabilidad a su situación del art. 42.1 se fundamenta “en el reconocimiento de instituciones de la Comunidad autónoma de los Cabildos insulares recogido en el art. 5.2 de la Ley 14/1990, de 26 de julio de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias y demás concordantes”, no puede compartirse por cuanto, como ya este Consejo ha tenido ocasión de razonar en diferentes ocasiones [ver por todas DCC 65/94, de 15 de noviembre] la explicación técnico-jurídica de la posición de los Cabildos con respecto a las estructuras organizativas de la Comunidad autónoma ha de realizarse justamente a partir de la distinción entre la condición de “instituciones de la Comunidad” predicada de los mismos por el Estatuto y la irreductibilidad de tal condición a la de “órganos” de aquélla. Estos últimos no precisan de asunciones, transferencias o delegaciones para participar dentro de sus respectivas esferas de atribuciones en el ejercicio de las diferentes funciones correspondientes al poder autonómico. Por el contrario, los Cabildos insulares sí requieren de tales títulos. Ello es perfectamente congruente con el hecho de encontrarnos en el primer caso ante órganos de una misma persona jurídica, cosa que no sucede en el segundo. Dicho de otro modo, no cabe confundir la *colaboración funcional* que legitima la calificación de “instituciones de la Comunidad” con una *integración orgánica* de entidades con específicos intereses al servicio de los cuales ha dispuesto la Constitución la garantía institucional de su ámbito propio de autonomía.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, no sería compatible con esa autonomía local que el legislador autonómico impusiese a los entes locales la obligación de seguir retribuyendo con cargo a su propio presupuesto a funcionarios propios en situación de servicios especiales y, asimismo, soportar el gravamen de la imposible provisión de las correspondientes plazas mientras dure dicha comisión.

En consecuencia, se debe concluir que, aparte resultar así de su dicción literal, la norma del artículo 42.1 LFPC, lejos de ser desarrollo de normativa básica en materia de función pública (y, por ello, aplicable a los funcionarios públicos de todas

las Administraciones de Canarias), regula un aspecto de la organización de la Comunidad autónoma en base a las competencias que la misma posee al efecto (art. 22, EAC). Dicha regulación libera al funcionario de la Administración autonómica de las relaciones de especial sujeción que le vinculan a la misma en tanto dure el mandato representativo que le proporciona el *status* de miembro de una Cámara, todo ello con el fin de facilitar la posibilidad de participar autónomamente en el control del Gobierno y de la Administración autonómica y, llegado el caso, en la instauración, ratificación o quiebra de la relación de confianza en la que dicho Gobierno se sustenta.

2. La otra cuestión a la que se ha de dar respuesta es la de la naturaleza del acto objeto de la revisión. Sostiene el funcionario afectado que "no estamos en presencia de un caso en el cual la Administración inicia una revisión de oficio una vez nacido el acto presunto positivo, sino que éste es reconocido por medio de sentencia declarativa de derechos, a la cual se encuentra sujeta la Administración". Se omite en este razonamiento que la mencionada sentencia desestima expresamente la primera de las pretensiones hechas valer ante la jurisdicción contencioso-administrativa -esto es, la aplicabilidad del artículo 42.1 LFPC a los funcionarios de la Administración local- tanto porque tal pretensión "no se formuló por el demandante en vía administrativa como pretensión autónoma", como porque "tal pronunciamiento sólo sería necesario si la Administración decidiese, tras esta sentencia, revisar el tantas veces aludido acto favorable ateniéndose al procedimiento previsto y si contra dicha revisión se entablase por el actor nuevo recurso jurisdiccional". Dicho de otro modo, lo que la decisión judicial estima son las pretensiones contenidas en los fundamentos 2 y 3 de la demanda relativos al deber de la Administración de emitir la certificación de acto presunto, con efecto estimatorio y su incapacidad para resolver en sentido contrario a tal efecto, y la declaración de nulidad de pleno derecho del Decreto de la presidencia del Cabildo del que trae su causa el recurso jurisdiccional que se resuelve. Por todo ello, no se incumple el mandato judicial cuando, dando cumplimiento en sus propios términos al fallo, como así ha sucedido, se inicia el procedimiento de revisión de oficio al entenderse, fundadamente, como resulta de lo expuesto, que se está ante el supuesto nulidad de pleno derecho contemplado por el art. 62, f) de la LRJ-PAC. Es más, la propia sentencia aventura la posibilidad de que esta circunstancia pueda

producirse, sin que de sus términos quepa deducir que la misma sea contraria al ordenamiento.

3. Finalmente, ha de considerarse lo concerniente a la suspensión del acto presunto que se pretende revisar. Al respecto este Consejo entiende que lo que de él se requiere, por disponerlo así la LPAC (art. 102.1), es su pronunciamiento sobre la procedencia de la revisión del acto presunto que se pretende, no la de su suspensión, acto este último no sujeto al parecer que preceptivamente se ha solicitado.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de resolución que se dictamina se considera ajustada a Derecho, por lo que procede emitir dictamen favorable en los términos exigidos por el art. 102.1, LRJ-PAC, sin perjuicio de la observación que se contiene en el Fundamento III.3.