



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 3 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 23 de marzo de 2017.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Educación y Universidades del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de la Dirección General de Personal de 17 de septiembre de 2013 en lo que se refiere al nombramiento de (...) para ocupar plaza de docente en el EASD (...) por la especialidad de Diseño de Interiores (EXP. 81/2017 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Por escrito de la Consejera de Educación y Universidades del Gobierno de Canarias, con fecha de registro de entrada en este Consejo Consultivo de 10 de marzo de 2017, se solicita dictamen preceptivo sobre la Propuesta de Orden resolutoria (PO) de un procedimiento de revisión de oficio por el que se pretende declarar la nulidad de la Resolución de la Dirección General de Personal de 17 de septiembre de 2013 en lo relativo, exclusivamente, al nombramiento de (...) para ocupar plaza de docente en el EASD (...), por la especialidad de Diseño de Interiores.

2. La legitimación para solicitar el dictamen de la Sra. Consejera de Educación y Universidades del Gobierno de Canarias, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que permite a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo, declarar de oficio la nulidad de los actos

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP.

Además, de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable (art. 106.1 LPACAP), es preciso que tal dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no lo considera así.

3. Tal y como se manifestó con anterioridad, la ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos se contiene en el art. 106 LPACAP. Esta revisión de oficio procede contra actos nulos que incurran en alguna de las causas de nulidad del art. 47.1 LPACAP y que, además, sean firmes en vía administrativa, firmeza que se acredita en las actuaciones obrantes en el expediente.

La solicitud de revisión de oficio de la Resolución referida se fundamenta en que mediante la misma se le otorgó al interesado facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición [art. 47.1.f) LPACAP].

4. El procedimiento se inició de oficio el día 28 de noviembre de 2016, fecha de la resolución que lo acordó (Orden nº 446/2016 de la Consejera de Educación y Universidades); en consecuencia, conforme al art. 106.5 LPACAP, la Resolución definitiva deberá dictarse antes del transcurso del plazo de 6 meses, que finalizará el día 28 de abril de 2017.

II

En lo que se refiere a los antecedentes de hecho del presente procedimiento revisor, si bien ya fueron reseñados en el Dictamen anteriormente emitido en relación con este asunto (Dictamen 299/2016, de 29 de septiembre), se hace necesario volver a hacerlo, ya que se han de realizar ciertas precisiones relativas al pago de sueldos efectuados al interesado por parte de la Consejería, acontecidos durante los periodos en los que éste permaneció inactivo, tras ser cesado por la Resolución de 13 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Personal. Así, los antecedentes son los siguientes:

- El día 27 de marzo de 2012 se dicta la Resolución de la Dirección General de Personal de la extinta Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad por la que el interesado es excluido de la lista de empleo de la especialidad de Diseño de Interiores, pues carecía de la titulación académica adecuada a los efectos de permanencia en dichas listas.

- Sin embargo, pese a tal exclusión el interesado es nombrado, mediante Resolución de 17 de septiembre de 2013 de la Dirección General de Personal de dicha Consejería, erróneamente para ocupar plaza en el EASD (...) por la especialidad de Diseño de Interiores, deduciéndose de la documentación adjunta al expediente, incluidos informe del Servicio y la PO, que el interesado, en principio, iba a realizar tal prestación laboral durante el curso 2013/2014, que finalmente no la llevó a cabo de forma efectiva.

- Posteriormente, por Resolución de 13 de diciembre de 2013, de la referida Dirección General, se dispuso la anulación de su nombramiento y su cese por carecer de la titulación adecuada para la plaza adjudicada, pero ello se hace a través de la vía procedimental establecida en el art. 105 LRJAP-PAC para la rectificación de errores materiales, de hecho y aritméticos.

- El interesado interpuso recurso potestativo de reposición contra las Resoluciones de 27 de marzo de 2012 y contra la de 13 de diciembre de 2013 ya referidas y, ante la desestimación presunta de ambos recursos por silencio administrativo, interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria.

- El 13 de noviembre de 2014 dicho órgano judicial dictó Sentencia por la que estimó parcialmente el recurso interpuesto, pues consideró la Resolución de 27 de marzo de 2012, por la que se excluyó de las listas al interesado, como ajustada a Derecho, pero se declaró la nulidad de la Resolución de 13 de diciembre de 2013, relativa a la anulación de su nombramiento y posterior cese de sus funciones, lo cual se efectuó con base en la siguiente fundamentación de esta Resolución judicial:

«(...) justificándose además esta decisión en el hecho de haberse producido un error material o aritmético pues el artículo citado en esta Resolución es el 105.2 de la Ley 30/1992 relativo a la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, considerando por tanto que este nombramiento es un error material y utilizando indebidamente la vía de corrección de errores materiales para anular un acto administrativo declarativo de derechos formalmente válido por lo que se omite completamente el procedimiento legalmente establecido, ya que si la Administración entendía que hubo un error en el nombramiento del demandante acordada por una Resolución que formalmente era ajustada a derecho, debió haber acudido al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, pero no utilizar la vía de corrección de errores materiales, para anular los efectos de una Resolución (...).»

- Por último, la Administración manifiesta que ante el requerimiento del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria relativo al

estado del procedimiento de ejecución de títulos judiciales nº 38/2015 y con la finalidad de no perjudicar al interesado hasta la resolución definitiva del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de la Dirección General de Personal de 17 de septiembre de 2013, se acordó abonarle las cantidades correspondientes a periodos no trabajados por él, en concepto de salarios, pues ya se había producido su cese por la Resolución anteriormente referida.

Estos periodos abarcan desde el 20 de diciembre de 2013 al 31 de julio de 2014 y la cantidad total abonada asciende a 17.703,28 euros.

III

1. En cuanto al procedimiento, como ya se expuso, se inició a través de la Orden de la Consejera de Educación y Universidades nº 446/2016, de 28 de noviembre de 2016, por la que, además, se declaró la caducidad del procedimiento de revisión anterior iniciado mediante Orden de 1 de junio de 2016 -sobre cuya Propuesta de Orden recayó el Dictamen de este Consejo Consultivo 299/2016, de 29 de septiembre-, se acordó la conservación de aquellos trámites y actos cuyo contenido se hubiera mantenido igual y se le concedió al interesado el plazo de 10 días para alegar y presentar los documentos y justificaciones que considerara oportunos.

2. En el expediente consta que el 16 de diciembre de 2016 el interesado presentó un escrito de alegaciones, el cual está referido, entre otras cuestiones, a la conservación de actos y al archivo de actuaciones, que considera que se han realizado de forma inadecuada. Por tal motivo, es preciso recordar lo que se le señaló al respecto a la Administración en el Dictamen anterior:

«Producida dicha caducidad del procedimiento revisor, la Administración ha de resolverlo con expresión de esta circunstancia (art. 42.1 LRJAP-PAC), sin perjuicio de la posibilidad de incoar nuevo expediente de revisión de oficio, sobre el mismo objeto, manteniendo, por aplicación del principio de economía, los actos (conservación) que se estimen necesarios, siendo indispensable, una vez concluida la instrucción y antes de la remisión, en su caso, del expediente de nuevo a este Consejo Consultivo, otorgar nueva audiencia al interesado». Además, en el Dictamen también se le manifestó a la Administración que, si bien la Sentencia no contenía un mandato que le obligara a tramitar un nuevo procedimiento de revisión de oficio, tampoco se lo impedía.

Pues bien, el art. 95.3 LPACAP, establece que:

«La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.

En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado».

En aplicación de este precepto y de lo manifestado por este Consejo Consultivo, la Consejería conservó correctamente las actuaciones del procedimiento anterior, no añadiendo nada nuevo al presente procedimiento y, además, se le otorgó el trámite de audiencia al interesado, por lo que en modo alguno se le ha causado indefensión, no observándose incorrección alguna en la tramitación procedimental.

3. El día 24 de febrero de 2017 se emitió la Propuesta de Orden objeto del presente Dictamen, tras haberse emitido el informe de la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos.

IV

1. La Propuesta de Orden resolutoria tiene por objeto contestar a las distintas alegaciones expuestas por el interesado, incluyendo aquellas relativas a cuestiones procedimentales, analizadas en el fundamento anterior, y, principalmente, declarar la nulidad de la Resolución de la Dirección General de Personal de 17 de septiembre de 2013 en lo relativo, exclusivamente, al nombramiento de (...) para ocupar plaza de docente en el EASD (...), por la especialidad de Diseño de Interiores, puesto que tal nombramiento fue del todo contrario a Derecho, ya que el interesado carecía de la titulación requerida para impartir tal asignatura, incurriendo con ello en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.f) LPACAP.

2. En primer lugar, con la finalidad de dar contestación a las alegaciones relativas a la cuestión de fondo, efectuadas por el interesado, a la vez que para determinar si concurre o no la causa de nulidad aducida por la Administración, es preciso hacer mención expresa al pronunciamiento contenido en la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, de 13 de noviembre de 2014.

En el mismo se declara ajustada a Derecho la Resolución de la Dirección General de Personal de la extinta Consejería de Educación, Universidad y Sostenibilidad (página 32 del expediente) de 27 de marzo de 2012, por la que se excluía expresamente al interesado de las listas de empleo correspondientes a las

especialidades de Diseño de Interiores por carecer de la titulación requerida para permanecer en las mismas (página 3 del expediente).

Por tanto, constituyen hechos indubitados tanto que el interesado carecía de la mencionada titulación académica, no sólo en 2012, sino incluso en el momento de que se dictó dicha Sentencia firme, como que tampoco se consideró en la misma que la titulación presentada por él, en octubre de 2012, según se afirma en su escrito de alegaciones (página 59 del expediente), le habilitara para impartir las asignaturas de Artes Plásticas y Diseño, en la especialidad de Diseño de interiores.

En este sentido, se ha de tener en cuenta que con base en una Sentencia firme, estos hechos se han de considerar suficientemente probados puesto que la misma los da por ciertos y como tales se han de considerar en virtud del principio de cosa juzgada. Sobre esta cuestión, este Consejo Consultivo se ha que pronunciado siguiendo una consolidada línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, por ejemplo, en los Dictámenes 305/2016, de 29 de septiembre y 372/2016, de 17 de noviembre, señalando que:

«4. Todos estos pronunciamientos, contenidos en Sentencias firmes, han de ser tenidos en cuenta a la hora de tratar la cuestión de fondo y ello es así en virtud del principio de cosa juzgada y del efecto que ésta otorga a las Sentencias firmes dictadas en el ámbito del presente asunto, en su vertiente material y a las que ya se ha hecho referencia y cuyas copias completas obran en el expediente remitido a este Organismo, pues como ya ha manifestado este Consejo Consultivo (DCC 102/2015, de 24 de marzo), siguiendo la reiterada jurisprudencia existente en la materia:

“La cosa juzgada material produce una doble vinculación: de una parte, negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibile el proceso cuando advierte que el objeto de éste coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es solo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquel no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en este. Dicho en otros términos, el órgano judicial del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su “*thema decidendi*” cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior, deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como punto de partida”. En aplicación de tal principio, en procedimiento de idéntica naturaleza al que nos ocupa, la citada Sentencia señaló que:

“Pues bien, teniendo en cuenta lo anteriormente referido, la eficacia de la cosa juzgada material en el presente procedimiento implica que no es posible obviar los efectos jurídicos del fallo judicial ni las situaciones jurídicas creadas por él, como tampoco cuestionar los hechos declarados probados en dicha sentencia firme, que, además, han de ser tenidos en

cuenta a la hora de determinar la existencia o no de responsabilidad patrimonial dimanante del hecho lesivo”.

Por tanto, su aplicación implica que los hechos declarados probados, así como la valoración que de ellos se efectúa en las Sentencias firmes mencionadas, tienen una influencia directa en la resolución de la cuestión de fondo de este asunto, pues constituyen una realidad indubitada que no puede ignorarse a la hora de resolverla».

En consecuencia, la carencia de la titulación requerida para impartir tal asignatura por el interesado ha resultado probada en sede judicial y, por ello, este hecho ha de ser así considerado en el procedimiento que nos ocupa.

Además, la nulidad de la Resolución de 13 de diciembre de 2013, por la que se acordó anular el nombramiento del interesado y su posterior cese fue declarada nula por el órgano judicial por considerar que la vía procedimental empelada para ello era inadecuada, pues correspondía el procedimiento de revisión de oficio, lo que implica que tal nulidad se acordó no por motivos de fondo, sino de forma.

3. Dicho nombramiento se llevó a cabo a través de la Resolución que se pretende anular con el presente procedimiento, por considerarse que el mismo es nulo de pleno derecho porque de forma contraria al ordenamiento jurídico se ha adquirido una facultad o derecho por parte del interesado careciendo de un requisito esencial para ello [art. 47.1.f) LPACAP], en este caso, el título académico habilitante para impartir la asignatura mencionada, exigido por la normativa reguladora de la materia, hecho demostrado por las razones ya expuestas sobradamente.

Este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante (por todos, Dictámenes 55/2015, de 23 de febrero, 140/2015, de 24 de abril y 408/2015, de 6 de noviembre) que:

«(...) no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al Ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición. Por lo tanto y en relación con esta última condición, no bastará con que el acto incumpla cualquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos se exijan para la validez del acto que determina la adquisición del derecho, sino que resulta preciso distinguir entre “requisitos necesarios” y “requisitos esenciales”, de tal forma que no todos los que puedan ser considerados como necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de “esenciales” (DDCE 2.454/1994, 5.577 y 5.796/1997, 1.530/2002, 741/2004, entre otros), que sólo revestirán tal carácter cuando constituyan los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto (DCE 351/1996, 5.796/1997 y 2.347/2000, entre otros).

Se ha abundado además en estos dictámenes en la consideración de que se ha de efectuar una interpretación restrictiva de este supuesto de nulidad. En efecto, el concepto de requisitos esenciales que constituye el núcleo de esta causa de nulidad debe restringirse a aquellas condiciones que constituyen presupuesto indispensable para la adquisición del derecho o facultad de que se trate, pues cualquier otra exégesis más amplia acabaría por desnaturalizar el carácter radical del motivo anulatorio en cuestión, en la medida en que permitiría incluir en su ratio cualquier infracción normativa, vaciando así de contenido un gran número de supuestos de simple anulabilidad a tenor del art. 63.2 LRJAP-PAC».

Por lo tanto, en aplicación de esta doctrina, la Resolución que se pretende declarar nula incurre de forma clara y evidente en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.f) LPACAP, en cuanto que el interesado carece del título académico que lo capacita para impartir la asignatura mencionada, además, exigido por la normativa reguladora en la materia, como ya se ha señalado anteriormente.

Por último, en lo que se refiere a esta cuestión, también resulta evidente que tal Resolución constituye el objeto concreto y perfectamente determinado del presente procedimiento, frente a lo alegado por el interesado relativo la falta de objeto del presente procedimiento revisor.

4. Una segunda cuestión que se ha de tratar es la correspondiente a si la consecuencia inmediata de la declaración de nulidad que se pretende la constituye la obligación del interesado de devolver las cantidades percibidas en concepto de sueldos o no. Hecho este que se produjo con base en un nombramiento nulo de pleno derecho, por las razones expuestas, y, además, que se corresponde a un periodo de tiempo durante el que el interesado no realizó prestación laboral alguna, permaneciendo inactivo.

5. En el Decreto dictado por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, dictado el 17 de diciembre de 2015, relativo a la ejecución de la Sentencia de 13 de noviembre de 2014, se afirma que se declara ejecutada dicha Sentencia porque se han abonado las responsabilidades reclamadas. Y ello es así porque en virtud de tal Sentencia la anulación del nombramiento, declarada nula, no había surtido efecto jurídico alguno por no haberse utilizado el procedimiento administrativo adecuado.

Sin embargo, el presente procedimiento dará lugar, conforme a Derecho, a un segundo momento en el que ya se habrá producido la correcta declaración de nulidad de la Resolución por la que se acordó un nombramiento del todo ilegal, lo que supondrá la expulsión del ordenamiento jurídico de la misma y de todos sus efectos,

incluido el pago de cantidades que se hayan efectuado por razón exclusiva de tal nombramiento, lo que implica necesariamente la devolución de las cantidades abonadas en concepto de sueldo por tal nombramiento nulo.

6. Un segundo motivo para que se produzca tal devolución lo constituye el hecho de que el interesado nunca hubiera llevado a cabo de manera efectiva la prestación laboral por la que se le abonaban tales cantidades, pues también constituye un hecho cierto que el interesado permaneció inactivo durante el periodo de tiempo al que corresponden los sueldos indebidamente abonados, tal y como afirma el mismo en su escrito de alegaciones (página 55 del expediente), constituyendo tal cobro indebido un claro supuesto de enriquecimiento injusto por su parte.

Este Consejo Consultivo ha considerado en cuanto al enriquecimiento injusto que para que concurra en el ámbito administrativo resulta necesaria la concurrencia de la totalidad de los requisitos jurisprudencialmente exigidos: enriquecimiento patrimonial para una de las partes, con el consiguiente empobrecimiento para la otra, relación de causalidad entre ambos, y el más importante de los mismos: la falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento (Dictámenes 38/2014, de 11 de febrero, 89/2015, de 19 de marzo, 102/2015, de 24 de marzo y 440/2016, de 27 de diciembre, entre otros), requisitos que concurren en el presente caso, incluido la falta de causa y justificación para tal enriquecimiento por las razones ya expuestas.

7. Por último, no cabe considerar que concurren los límites de la revisión de oficio establecidos en el art. 110 LPACAP, interpretados por este Consejo Consultivo, como se hace en el Dictamen 185/2015, de 18 de mayo, al señalar que:

«La revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro.

El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto. La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello

limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros».

Pues bien, teniendo en cuenta esta doctrina, el art. 110 LPACAP no es aplicable en este caso, pues no ha transcurrido un plazo de tiempo excesivo, sin olvidar la tramitación del proceso judicial mencionado, ni resulta tal declaración de nulidad contraria a la equidad, buena fe, a los derechos de los particulares o a las leyes, puesto que no ha de olvidarse que el interesado fue nombrado ilegalmente careciendo de la titulación habilitante y cobrando salarios mientras permanecía inactivo.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la declaración de nulidad de pleno derecho de la Resolución de la Dirección General de Personal de la extinta Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad de 17 de septiembre de 2013 en lo relativo, exclusivamente, al nombramiento de (...) para ocupar plaza de docente en el EASD (...), por la especialidad de Diseño de Interiores.