



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 114/2017

(Sección 1ª)

La Laguna, a 4 de abril de 2017.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Educación y Universidades del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de las Resoluciones de la Dirección General de Personal, de 30 de junio y 13 de julio de 2015, por las que se declaran, respectivamente, en situación administrativa de servicios especiales a (...) y a (...) (EXP. 64/2017 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Educación y Universidades del Gobierno de Canarias (con Registro de Entrada en el Consejo Consultivo de Canarias el 27 de febrero de 2017) es la Propuesta de Resolución culminatoria de un procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de las Resoluciones de 30 de junio y 13 de julio de 2015 de la Dirección General de Personal de la Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad del Gobierno de Canarias, por la que se declara en situación administrativa de servicios especiales, respectivamente, a (...) y (...) al considerar que incurren en causa de nulidad de pleno derecho, prevista en el art. 47.1, f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

2. La legitimación de la Sra. Consejera de Educación y Universidades para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este 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 el primer precepto con el art. 106 LPACAP.

* Ponente: Sr. Brito González.

3. El procedimiento se ha iniciado de oficio, mediante Orden de la citada Consejera el 26 de octubre de 2016, resultando aplicable el plazo de 6 meses para resolver el procedimiento, transcurrido el cual se producirá la caducidad del mismo (art. 106.5 LPACAP).

4. Entre otras, resultan aplicables al presente procedimiento, además de la citada LPACAP, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, vigente en ese momento, y la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria (LFPC).

II

1. Como antecedentes más relevantes de la documentación obrante en el expediente remitido a este Consejo señalamos los siguientes:

- Informe de fecha 21 de marzo de 2016 de la Intervención General de la Consejería de Hacienda dirigido a la Dirección General de Personal de la Consejería acerca del asunto presentado por el Portavoz del Grupo Municipal Popular en el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria el 11 de febrero de 2016, en atención a las retribuciones de los dos concejales implicados, docentes de la Consejería de Educación y Universidades. Asimismo se solicita de esa Dirección General que emita informe dando respuesta a las cuestiones planteadas por la Intervención General.

- Informe de la Dirección General de Personal de la Consejería, de fecha 12 de abril de 2016, dirigido a la Intervención General sobre el personal docente en servicios especiales en el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.

- Informe de la Dirección General de la Función Pública, de fecha 14 de abril de 2016, sobre la interpretación del art. 42 LFPC.

- Informes de la Intervención General de la Consejería de Hacienda, de fechas 21 de marzo y 9 de mayo de 2016, correspondientes al escrito del Portavoz del Grupo Municipal Popular en el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, relativo a las retribuciones de los concejales (...) y (...).

- Informe de la Dirección General de Personal, de 29 de junio de 2016, por el que se traslada a la Intervención General de la Consejería de Hacienda, los criterios aplicados por la Consejería para la concesión de servicios especiales al personal docente.

- Informe de fecha 19 de julio de 2016 de la Dirección General de Personal de la Consejería en el que se da respuesta al requerimiento efectuado por el Tribunal de

Cuentas sobre el régimen legal y retributivo para la concesión de servicios especiales a los concejales (...) y (...) (Diligencias Preprocesales nº 121/2016).

- Informe de fecha 27 de julio de 2016 de la Intervención General de la Consejería de Hacienda por el que considera que a los concejales afectados no se les debería haber declarado en situación de servicios especiales manteniendo su derecho a continuar percibiendo sus retribuciones como funcionarios docentes de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, concurriendo en las Resoluciones que así lo reconocieron vicio de nulidad del art. 62.1.f) de la Ley 30/1992. La consecuencia de esta infracción debe ser que la Consejería de Educación y Universidades deba iniciar expediente de revisión de oficio, en los términos del art. 102 de la misma Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con los efectos que la resolución de dicho expediente determine, debiendo dar constancia a esta intervención General de las actuaciones realizadas. Asimismo, considera que tales Resoluciones son nulas de pleno derecho al haberse declarado en situación administrativa de servicios especiales en aplicación del art. 42 LFPC, y entiende que para su validez debió declararse tal situación con base en el art. 41 LFPC.

2. En lo que respecta a (...), del expediente se constata lo siguiente:

- Resolución de 30 de junio de 2015, de la Dirección General de Personal de la Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad, que declara en situación administrativa de servicios especiales a (...), previa solicitud del mismo, con base en el art. 42 LFPC, y con efecto a partir del 13 de julio de 2015.

- Certificado de la Secretaria General del Pleno del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 25 de junio de 2015, en el que consta, entre otros extremos, que con fecha 13 de junio de 2015 el interesado tomó posesión en el cargo de concejal de la citada Corporación, en régimen de dedicación exclusiva y sin percepción retributiva periódica con cargo al Ayuntamiento y que, con fecha 23 de junio de 2015, fue nombrado portavoz del Grupo Político Municipal Las Palmas de Gran Canaria Puede (consta en el expediente que Las Palmas de Gran Canaria Puede obtuvo en las elecciones celebradas en mayo de 2015 un total de 27.127 votos, lo que supone el 16,14% de los sufragios emitidos).

- Certificado de la Secretaria General del Pleno del Ayuntamiento implicado en el que consta que en sesión ordinaria del Pleno, celebrada el 29 de enero de 2016, se tomó acuerdo sobre los concejales en régimen de dedicación exclusiva que percibirán sus retribuciones con cargo al Ayuntamiento; entre ellos el interesado.

- El 10 de febrero de 2016, el interesado solicita a la Consejería dejar de cobrar sus retribuciones de esta Administración, ante el cambio de su situación administrativa en el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, producido por el Acuerdo del Pleno de 29 de enero de 2016, en virtud del cual el interesado pasaría a percibir las retribuciones correspondientes al ejercicio del cargo político que ostenta por parte del Ayuntamiento.

- Mediante Resolución de la Dirección General de Personal de la Consejería de Educación y Universidades de 12 de febrero de 2016, se modifica la situación administrativa de servicios especiales concedida al interesado, teniendo como efecto la aplicación del art. 41 LFPC a partir del 30 de enero de 2016, no devengándose retribuciones con cargo a los presupuesto de la Consejería de Educación y Universidades del Gobierno de Canarias durante la misma.

- Certificado de la Secretaria del Pleno, de fecha 25 de junio de 2016, en el que consta que según revisión del Padrón Municipal de Habitantes, a fecha 1 de enero de 2014, el municipio de Las Palmas de Gran Canaria cuenta con una población superior a 20.000 habitantes.

3. Con respecto a (...), del expediente se constata lo siguiente:

- Resolución de 13 de julio de 2015, de la Dirección General de Personal de la Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad, que declara en situación administrativa de servicios especiales a (...), previa solicitud de la misma, con base en el art. 42 LFPC, y con efecto a partir del 13 de julio de 2015.

- Credencial de la Junta Electoral de Zona, de 2 de junio de 2015, que constata que es designada concejala en el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.

- Certificado de la Secretaria General del Pleno del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 9 de julio de 2015, en el que consta, entre otros extremos, que con fecha 13 de junio de 2015, tomó posesión en el cargo de concejala de la citada Corporación en régimen de dedicación exclusiva y sin percepción retributiva periódica con cargo al Ayuntamiento.

- El 2 de febrero de 2016, la interesada solicita a la Consejería dejar de cobrar sus retribuciones de esta Administración, ante el cambio de su situación administrativa en el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, producido por el Acuerdo del Pleno de 29 de enero de 2016, en virtud del cual pasaría a percibir las retribuciones correspondientes al ejercicio del cargo político que ostenta por parte del Ayuntamiento.

- Mediante Resolución de la Dirección General de Personal de la Consejería de Educación y Universidades de 3 de febrero de 2016, se modifica la situación administrativa de servicios especiales concedida a la interesada, teniendo como efecto la aplicación del art. 41 LFPC a partir del 30 de enero de 2016, no devengándose retribuciones con cargo a los presupuestos de la Consejería de Educación y Universidades del Gobierno de Canarias durante la misma.

- Certificado de la Secretaria General del Pleno del Ayuntamiento implicado, de fecha 1 de febrero de 2016, en el que consta que en sesión ordinaria del Pleno, celebrada el 29 de enero de 2016, se tomó acuerdo sobre los concejales en régimen de dedicación exclusiva que percibirán sus retribuciones con cargo al Ayuntamiento; entre ellas la interesada.

4. En lo que se refiere al procedimiento de revisión de oficio consta acreditado que:

- Mediante Orden de 26 de octubre de 2016 de la Consejera de Educación y Universidades se inicia el procedimiento de revisión de oficio de las Resoluciones de la Dirección General de Personal, de 30 de junio y 13 de julio de 2015, por las que se declara en situación administrativa de servicios especiales a los afectados.

- Se concede el preceptivo trámite de audiencia del expediente a los interesados, que el 23 de noviembre de 2016, presentan las alegaciones oportunas contra la citada Orden (de dichas alegaciones no hay constancia alguna en el expediente remitido a este Consejo, si bien la Propuesta de Resolución hace referencia a las mismas transcribiendo parcialmente su contenido).

- Con fecha 11 de enero de 2017, la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos informa sobre el borrador de la Propuesta de Orden por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio.

- Se concede nuevo trámite de audiencia a los afectados, por lo que presentan escrito de alegaciones el 6 de febrero de 2017, ratificando el anterior escrito, oponiéndose a la nulidad pretendida.

- Por último, en fecha 17 de febrero de 2017, es emitida la Propuesta de Orden Resolutoria del procedimiento de revisión de oficio.

A la vista de la tramitación realizada, puede concluirse afirmando que se ha dado cumplimiento a los trámites esenciales del procedimiento, procediendo a

continuación iniciar el análisis de los aspectos sustantivos o de fondo que se derivan del expediente sometido a consulta.

III

1. La Propuesta de Resolución considera, en base a los informes anteriormente señalados, a los que remite, que en las resoluciones analizadas concurre la causa de nulidad del art. 47.1,f) LPACAP en virtud del cual «son nulos de pleno derecho los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición».

2. Como ha señalado reiteradamente este Organismo, la aplicación de esta causa de nulidad exige no sólo que un acto atributivo de derechos sea contrario al Ordenamiento Jurídico sino, también, que la vulneración sea de un requisito indispensable para la atribución, sin bastar que incumpla cualquier otro exigido en la norma reguladora de aquélla aplicable al caso, debiéndose distinguir entre requisitos necesarios, todos los dispuestos, y los esenciales, sólo algunos de ellos, siéndolo cuando se conformen como la definición o identificación del acto o derecho, irreconocibles sin ellos, o bien, elementos decisivos para alcanzar la finalidad de tal norma.

En este sentido, la interpretación de la esencialidad del requisito ha de ser restrictiva y, por ende, la aplicación de esta causa de nulidad, pues otra exégesis más amplia acabaría por desnaturalizar el carácter radical del motivo anulatorio en cuestión, permitiendo incluir en su *ratio* cualquier infracción normativa y vaciando así de contenido gran número de supuestos de simple anulabilidad previstos en el art. 48.2 de la LPACAP.

Sobre qué ha de entenderse por requisitos esenciales en el DCCC 438/2016 señalamos:

«(...) el art. 47.1,f) LPACAP no considera suficiente la carencia de cualquier requisito, sino que exige que éste ha de ser esencial. Con esta exigencia impide que se califique de nulo a cualquier acto administrativo que contradiga el ordenamiento jurídico, sino sólo a aquel que atribuya un derecho a una persona que carece manifiestamente y con palmaria evidencia de todo presupuesto para el reconocimiento de ese derecho.

Esta interpretación es acorde con el resto de los supuestos de nulidad del art. 47.1 LPACAP, que sólo contemplan los actos que adolecen de los más graves vicios formales o sustanciales (los que lesionen Derechos Fundamentales, los dictados por órgano

manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, los de contenido imposible, los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, los dictados prescindiendo de todo el procedimiento legal o con violación de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de órganos colegiados). En los demás casos la calificación que corresponde al acto administrativo contrario a la ley es la de acto anulable (art. 48.1 LPACAP).

El texto del art. 47.1,f) LPACAP nos lleva a distinguir entre “requisitos esenciales” y “requisitos necesarios”. Si dentro de los primeros se incluyera cualquier condición necesaria para la validez del acto declarativo de derechos, entonces entraría en la categoría de nulidad radical del art. 47.1 LPACAP todo supuesto de ilegalidad de un acto declarativo de derechos, en la medida en que dicha ilegalidad se funda siempre en la ausencia de una de las condiciones o requisitos establecidos por el Ordenamiento Jurídico.

En definitiva, el art. 47.1,f) LPACAP debe ser interpretado restrictivamente, porque la equiparación de requisito esencial a cualquier requisito necesario aniquila la distinción legal de causas de nulidad y de anulabilidad y el sistema legal de recursos con interposición sometida a plazo. Por todas estas razones debe reservarse la expresión “requisitos esenciales” para aquellos vicios jurídicos en que el acto carece, no de cualquier requisito legal, sino de aquellos que le son realmente inherentes y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida; de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma».

3. Conforme a lo expuesto, procede ahora examinar si en las resoluciones cuya nulidad se pretende declarar incurren en la causa de nulidad señalada.

La Propuesta de Resolución entiende que procede declarar la nulidad de pleno derecho de las dos Resoluciones, de 30 de junio y 13 de julio de 2015, dictadas por la Dirección General de Personal de Educación, Universidades y Sostenibilidad del Gobierno de Canarias, por las que se declararon en situación administrativa de servicios especiales, devengándose sus retribuciones con cargo a los presupuestos de esa Consejería; resoluciones que estaban fundamentadas en los arts. 41,h) y 42.1 y 2 LFPC.

4. Como se desprende de los antecedentes anteriormente transcritos, los funcionarios afectados eran concejales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria (con población superior a 20.000 habitantes) en representación de un grupo político que obtuvo un porcentaje de votos en las elecciones de 2015 inferior al veinte por ciento, siendo sólo uno de ellos portavoz municipal. Ambos funcionarios ejercen sus cargos en régimen de dedicación exclusiva sin percepción retributiva periódica con cargo a ese Ayuntamiento.

De lo anteriormente expuesto se constata el ajuste a Derecho de la concesión de la situación administrativa de servicios especiales a ambos funcionarios en aplicación del art. 41 LFPC en relación con el art. 4,h) del Reglamento de Situaciones Administrativas (R.D. 365/1985, de 10 de marzo) y el art. 87, f) EBEP.

Sin embargo, ambas Resoluciones indican que las correspondientes retribuciones se devengarán con cargo a los presupuestos de la Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad del Gobierno de Canarias, lo que supone la aplicación del art. 42 LFPC en su totalidad y no solamente de sus apartados 1 y 2.

Efectivamente, para el caso que nos ocupa, el apartado 3, b) del citado artículo establece para el supuesto de que los funcionarios sean miembros electos de las Corporaciones Locales, como así sucede, que deben concurrir además de las circunstancias señaladas en los apartados 1 y 2 las condiciones señaladas en la letra b) del citado apartado: «ostentar la condición de portavoz de un grupo institucional, constituido a partir de una lista electoral que haya obtenido más del veinte por ciento de los sufragios».

Los interesados al respecto alegan que las circunstancias que recoge el apartado 3,b) del art. 42 LFPC no constituye un elemento consustancial a la naturaleza y finalidad esencial de tal previsión legal, por entender que su falta de concurrencia no implica la ausencia de un requisito esencial, a los efectos de su nulidad sino de un requisito accesorio o secundario, adicional a los básicos del apartado 1 cuyo efecto no privaría completamente de sentido el objeto de la resolución.

Como ya vimos, tales circunstancias (la concurrencia de al menos de una de ellas), son específicamente exigidas por el art. 42.3,b) LFPC para los miembros electos de las Corporaciones Locales, constituyen para este Consejo un requisito esencial -en los términos y con el alcance anteriormente señalado- para la obtención del derecho por parte de esos funcionarios a cobrar sus retribuciones con cargo al presupuesto autonómico. Tal condicionamiento no se cumple, pues uno de los funcionarios afectados no fue designado portavoz municipal y, además, la lista por la que ambos concurren a las elecciones no superó el porcentaje exigido (20%). Ello implica que los haberes que les correspondan debían (y deben) ser abonados con cargo al presupuesto municipal y no con cargo al presupuesto de la Consejería.

5. Conforme a lo anteriormente expuesto, podemos concluir que las resoluciones analizadas incurren parcialmente en la causa de nulidad del art. 47.1,f) LPACAP. La nulidad (art. 49.2 LPACAP) deberá limitarse exclusivamente al último inciso del apartado Segundo de las resoluciones analizadas en los que se señala que «Durante la

misma se devengarán las retribuciones con cargo a los presupuestos de la Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad del Gobierno de Canarias».

C O N C L U S I O N E S

1. Las Resoluciones de la Dirección General de Personal de la Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad del Gobierno de Canarias, de 30 de junio y 13 de julio de 2015, por las que se declaran, respectivamente, en situación administrativa de servicios especiales a (...) y a (...), incurren en el supuesto de nulidad del art. 47.1,f) LPACAP, por lo que se dictamina favorablemente la declaración de nulidad parcial de las mismas.

2. La nulidad afecta parcialmente a las resoluciones analizadas conforme se señala en el Fundamento III.5 de este Dictamen.