



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 8 6 / 2 0 1 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 31 de julio de 2017.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Teguiise en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del Decreto de la Alcaldía de Teguiise de 27 de mayo de 2010, sobre suspensión de funciones de un funcionario municipal en expediente disciplinario (EXP. 195/2017 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Teguiise (Lanzarote) el 31 de mayo de 2017, con registro de entrada en este Consejo Consultivo el 7 de junio de 2017, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio del Decreto de la Alcaldía de Teguiise de 27 de mayo de 2010, sobre suspensión de funciones de un funcionario municipal en expediente disciplinario.

2. La legitimación del Sr. Alcalde para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y obstativo 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. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), que también establece la condición obstativa del parecer de este Consejo pues requiere que éste sea favorable a la revisión del acto para que el acto pueda declararse nulo. El procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme a su

* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

Disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la Disposición final séptima resulta aplicable a este supuesto la citada Ley 30/1992.

II

Los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

- Mediante Decreto del Alcalde, de 21 de marzo de 2005, se inicia procedimiento disciplinario frente a los dos policías locales, (...) y (...), tras haberse realizado inspección de la que deriva la comisión de hechos constitutivos de falta muy grave.

- Por tales hechos el 6 de junio de 2008 se dicta Sentencia por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en el procedimiento 1/2008, condenando a ambos policías locales como autores de sendos delitos continuados de malversación de caudales públicos, a la pena de seis meses de prisión, y multa de dos meses, con una cuota diaria de dos euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos multas impagadas, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de un año.

- Por medio de providencia de 23 de junio de 2009 se requiere a la Administración la ejecución de la referida Sentencia en lo que se refiere a la suspensión de empleo y cargo público durante un año.

- Por Decreto del Alcalde de 17 de diciembre de 2009, se acuerda la ejecución de Sentencia, lo que es remitido a la Audiencia Provincial el 21 de diciembre de 2009, y notificado a los interesados el 22 de diciembre de 2009.

Paralelamente, el 17 de diciembre de 2009, se emite informe por de la Secretaria acerca de la potestad disciplinaria de la Administración en el presente caso.

En virtud de aquel informe, por Decreto de 3 de febrero de 2010 se declara la caducidad del expediente disciplinario abierto el 21 de marzo de 2005 y el inicio de nuevo procedimiento disciplinario por la misma causa.

Mediante sendos Decretos del Alcalde de 27 de mayo de 2010 se impone a (...) y a (...) sanción de suspensión de funciones por un tiempo de seis años, lo que se notifica a aquéllos el 28 de mayo de 2010. Frente a tal resolución se presenta por (...) recurso de revisión el 28 de mayo de 2010, siendo confirmada la resolución el 2 de noviembre de 2010. Se interpone recurso de reposición el 11 de noviembre de

2010, que es desestimado. Finalmente, tras presentarse recurso contencioso administrativo por el interesado, recae Sentencia favorable del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, de 7 de noviembre de 2011, confirmada por la Sentencia de 5 de octubre de 2012 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

El 29 de enero de 2011 se emite informe jurídico sobre ejecución de las penas y sanciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, que concluye con la compatibilidad entre la sanción penal y administrativa.

Mediante Decreto de la Alcaldía de 21 de marzo de 2012, vistas las solicitudes de los interesados de incorporación al servicio activo, se declara finalizado el periodo de cómputo de la sanción disciplinaria de separación del servicio y se da por cumplida la resolución de suspensión de funciones con efectos de 21 de marzo de 2012, lo que se notifica a los interesados.

III

La tramitación del procedimiento de revisión de oficio se ha realizado adecuadamente, habiéndose evacuado los siguientes trámites:

El 30 de noviembre de 2012 se solicita por (...) revisión de oficio de la Resolución de 27 de mayo de 2010 por la que fue sancionado en expediente disciplinario, aduciendo la causa del art. 62.1.a) LRJAP-PAC, al entender que se ha conculcado el principio "*non bis in idem*", así como la del 62.1.e), por entender que la sanción disciplinaria ha sido dictada prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, pues debe subordinarse la Administración a la jurisdicción de los tribunales penales. Asimismo solicita le sea reconocido el derecho a la percepción de los emolumentos devengados durante el periodo de suspensión.

Tras presentarse recurso contencioso-administrativo por el interesado, ante la desestimación por silencio administrativo de la revisión de oficio instada, el 13 de octubre de 2014 se dicta Sentencia por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria, por la que se estima parcialmente la pretensión del recurrente, imponiendo a la Administración la obligación de tramitar y resolver el procedimiento de revisión de oficio.

- Mediante oficio de 28 de enero de 2015 se insta a la Administración a ejecutar la referida Sentencia, lo que se reitera mediante oficio de 30 de septiembre de 2015.

El 2 de julio de 2015 se emite informe jurídico acerca de la necesidad de iniciar procedimiento de revisión de oficio y procedimiento a seguir.

Mediante Acuerdo del Pleno de 10 de julio de 2015 se inicia procedimiento de revisión de oficio, de lo que se da traslado al Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria el 16 de octubre de 2015, después de haber sido requerido nuevamente por éste (oficio de 30 de septiembre de 2015) la ejecución de la Sentencia de 13 de octubre de 2014.

El 1 de diciembre de 2015 se emite informe por el Departamento de Recursos Humanos acerca de la necesidad de recabar instructor del Cabildo.

El 16 de septiembre de 2016 se dicta Auto en incidente de ejecución de títulos judiciales, declarando no ejecutada la Sentencia de 13 de octubre de 2014, cuyo cumplimiento se impone. Mediante oficio de 16 de noviembre de 2016 se insta a la Administración que se lleve a puro y debido cabo la Sentencia, tramitando y resolviendo la revisión de oficio.

Mediante oficio de 13 de octubre de 2016, se solicita designación de instructor al Cabildo de Lanzarote. Por Decreto del Presidente del citado Cabildo, de 20 de diciembre de 2016, se acuerda prestar colaboración con el Ayuntamiento ofreciendo instructor del procedimiento de revisión de oficio.

El 22 de noviembre de 2016 el interesado envía fax instando el impulso del procedimiento, a lo que se le da respuesta el 11 de enero de 2016 (notificado el 16 de enero de 2016) informando de los trámites realizados.

Mediante Decreto de la Alcaldía de 6 de febrero de 2017 se nombra instructor del procedimiento y se solicita informe jurídico, que se emite el 17 de febrero de 2017, en sentido favorable a la revisión de oficio instada, por la causa del art 62.1.a) LRJAP-PAC.

El 23 de febrero de 2017 se emite por el Alcalde propuesta de acuerdo plenario a la vista del informe jurídico recabado, notificándolo al interesado a efectos de que realice alegaciones.

Así, el 15 de marzo de 2017 se acuerda por el Pleno la continuación del procedimiento de revisión de oficio, concediendo audiencia al interesado, de lo que recibe notificación el 11 de abril de 2017.

El interesado, tras solicitar copia del expediente el 25 de abril de 2017, en la misma fecha aporta escrito de alegaciones. En ellas manifiesta su acuerdo con los

términos del informe jurídico en lo esencial, si bien señala que nada se plantea respecto de los intereses legales. Finalmente insta el impulso del procedimiento.

El 12 de mayo de 2017 se emite informe valorando las alegaciones, concluyendo la procedencia del reconocimiento de los intereses legales.

El 15 de mayo de 2017 se dicta Propuesta de Resolución estimando la solicitud de revisión de oficio del interesado.

- En sesión celebrada el día 13 de julio de 2017, la Sección I del Consejo Consultivo de Canarias adoptó el siguiente Acuerdo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 53.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias (Decreto 181/2005, de 26 de julio):

«1. Requerir de la Administración actuante la información o documentación que a continuación se expresa:

Resolución del Sr. Alcalde de fecha 27 de mayo de 2010.

Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 1 de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 7 de noviembre de 2011.

2. Suspender el plazo de emisión del dictamen solicitado por 15 días, que podrá ser ampliado de conformidad con lo dispuesto en el art. 53.e) del citado Reglamento, a los efectos de cumplimentar el antedicho trámite».

- Con Registro de entrada de fecha 28 de julio de 2017, el Ayuntamiento de Tegui se cumplió con el requerimiento efectuado por este Consejo.

IV

1. Fundamenta la Propuesta de Resolución la revisión de oficio en los argumentos expresados por el interesado en su solicitud, en cuanto a la lesión de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, art. 62.1.a), tal y como se recoge en la Sentencia de 15 de enero de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, dictada en procedimiento 240/2013, tras el recurso interpuesto por (...), por la misma causa que es objeto de la presente revisión de oficio.

2. Ante todo, hemos de recordar, una vez más, que la facultad de revisión de oficio contemplada en el art. 102 LRJAP-PAC es una facultad exorbitante que se atribuye al órgano del que procede al acto viciado de nulidad en supuestos tasados en el art. 62.1 LRJAP-PAC, y con las limitaciones expresadas en la ley, bien de oficio, bien a instancia de parte, como ocurre en el presente caso (por lo que no está

sometido a plazo de caducidad), si bien, el procedimiento se ha iniciado finalmente en ejecución de sentencia.

Por ello, dada la excepcionalidad de esta vía, dirigida a actos firmes en vía administrativa, habrá de analizarse la concurrencia de las causas de nulidad que se esgrimen.

El interesado solicita que se declare la nulidad de la Resolución de la Alcaldía de 27 de mayo de 2010, por la que se le impuso sanción consistente en suspensión de funciones por un tiempo de seis años, con el reconocimiento consiguiente del derecho a percibir las retribuciones devengadas y no satisfechas durante el periodo comprendido entre marzo de 2005 y febrero de 2012, fundamentando sus pretensiones en que la sanción disciplinaria impuesta en la resolución de 28 de mayo de 2010, que es objeto de revisión, incurre en las causas de nulidad del art. 62.1 a) y e) LRJAP-PAC.

Tal y como se señala en la Sentencia de 13 de octubre de 2014, por la que se impone a la Administración la obligación de tramitar el procedimiento que nos ocupa, la causa sobre la que pivota la revisión de oficio viene dada porque:

«La sanción disciplinaria impuesta al actor guarda identidad de hechos y fundamentos con la impuesta a su compañero (...), declarada nula por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de este partido, de 7 de noviembre de 2011, confirmada por la Sala en Sentencia de 5 de octubre de 2012 incurriendo en las causas de nulidad de pleno derecho de los apartados a) y e) del art. 62.1 de la Ley 30/92, por vulneración del principio *non bis in idem*, al ser sancionado el actor en vía administrativa y penal por los mismos hechos, debiéndose proceder al reintegro de las retribuciones dejadas de percibir».

Pues bien, como indica la Propuesta de Resolución, debemos entender que, como así lo sustenta la instancia del interesado, resulta decisivo para resolver este asunto el hecho de que se haya confirmado, con fecha 5 de octubre de 2012, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 7 de noviembre de 2011, por la que se declara la nulidad, por ser contraria a derecho, de la Resolución de la Alcaldía de 27 de mayo de 2010 por la que se impuso al Policía Local (...) la sanción de suspensión de funciones por tiempo de seis años.

Tal sanción es idéntica a la aplicada al solicitante de la revisión de oficio (...), mediante Resolución de la Alcaldía de igual fecha (27 de mayo de 2010) y por los mismos motivos: ambos policías locales fueron suspendidos de funciones por plazo de

seis años por la comisión de una infracción muy grave consistente en conducta constitutiva de delito doloso (arts. 27.3 y 28.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y arts. 47 y 51 de la Ley 6/1997, de 4 de julio, de Coordinación de Policías Locales de Canarias), al resultar condenados por sentencia firme, de 6 de junio de 2008 de la Audiencia Provincial de Las Palmas, como autores de un delito de malversación de caudales públicos a la pena, entre otras, de suspensión por tiempo de un año.

La citada Sentencia de 5 de octubre de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que desestimó el recurso de apelación presentado por el Ayuntamiento de Teguiise contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de las Palmas de Gran Canaria, de 7 de noviembre de 2011, que declara nulo el acto municipal por el que se impone una sanción disciplinaria de suspensión de funciones de seis años al policía local (...), dice que la sentencia impugnada estima correctamente la reclamación de dicho funcionario «al no ser posible sancionar doblemente al recurrente por los mismos hechos, que es lo que claramente ocurrió en el presente caso, procediendo en consecuencia la desestimación del recurso de apelación deducido por el Ayuntamiento de Teguiise».

Así señala la Propuesta de Resolución: «la sentencia del juzgado "a quo" dice, sin asomo de vacilación alguna, que estamos ante un supuesto de violación del principio "non bis in idem"».

Así, la justificación de la nulidad declarada judicialmente lo fue, según la Sentencia de 5 de octubre de 2012, la siguiente:

«Por lo que hace a la sanción ahora discutida el fundamento de la misma es claro: se enmarca dentro de la potestad disciplinaria de la Administración policial y, consecuentemente, se encuentra dirigida a asegurar -de manera directa o indirecta- el orden organizativo interno y el correcto funcionamiento del servicio público policial, al objeto de permitir una adecuada realización de las funciones constitucional y legalmente atribuidas a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y este el bien jurídico tutelado.

Y llegados al debate del bien jurídico tutelado cobra interés el acertado argumento del letrado del recurrente respecto de delito por el condeno del Tribunal del Jurado, malversación de caudales públicos, ubicado dentro del título XIX Libro II "Delitos contra la Administración Pública", rúbrica que de nuevo nos pone en el camino del non bis por cuanto que el bien jurídico tutelado no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración Pública (es decir el mismo que la sanción administrativa singularizada en la administración

policial) senda del *non bis* que confirma el que el sujeto activo de este delito de malversación sólo lo pueda ser la autoridad o funcionario público, o en su caso el particular especialmente comisionado para la custodia de tales efectos públicos y que por tal comisión participan de aquella condición de autoridad o funcionario público (como así se desprende del artículo 24.1 del Código Penal) es decir se trata de un delito especial que sólo puede ser cometido por un número limitado de sujetos antes mencionado.

Desde luego es lícito pensar en la oportunidad de apartar del ejercicio de las funciones policiales a quien ha sido condenado en sede penal (por más que la finalidad constitucional de la pena es la reinserción del penado), más en nuestro caso se ha sancionado doblemente la misma conducta y en ambos casos la sanción (o la condena y la sanción disciplinaria) se ha tenido en cuenta o ha sido básica para la sanción) la relación de supremacía especial entre el sujeto activo y la Administración, de esta suerte se ha de considerar, con el recurrente, que la sanción impuesta por el Ayuntamiento infringe el principio *non bis in ídem*, por lo que se ha de estimar el recurso tenido en cuenta (o ha sido básica para la sanción) la relación de supremacía especial ente el sujeto activo y la administración, de esta suerte se ha de considerar, con el recurrente, que la sanción impuesta por el Ayuntamiento infringe el principio *non bis in ídem*, por lo que se ha de estimar el recurso».

Así pues, nos hallamos ante un doble reproche penal y disciplinario, por malversación de caudales públicos, basados ambos, precisamente, en la condición funcional de los imputados, que hace que el delito merezca tal consideración, de ahí que se trate de un delito especial, que no es, por ello, susceptible de cometerse por un particular. Se ha sancionado por ello, doblemente, a los policías, en vía penal por su condición de funcionarios, y en vía administrativa por la misma razón y los mismos hechos, precisamente por ser funcionarios.

En este sentido, la Propuesta de Resolución, adoptando el contenido del informe jurídico, señala:

«La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2008 verifica la concurrencia del posible doble reproche (penal y sancionador disciplinario) partiendo de una serie de premisas que son las siguientes:

a) El bien jurídico protegido en cada infracción penal no viene determinado por la condición del sujeto activo, sino por aquel valor social o individual cuya lesión o puesta en peligro encarna la acción típica de la infracción.

b) La rúbrica de los títulos con los que aparece sistematizada la parte especial del Código Penal es un importante elemento de interpretación para determinar cuál es el bien jurídico protegido en cada supuesto delictivo.

c) La singular condición de funcionario del sujeto activo, cuando es considerada para la definitiva calificación penal de unos hechos, lo puede ser de dos maneras o con dos

finalidades distintas. Puede ser ponderada como un elemento imprescindible para que una determinada acción tenga relevancia penal. Y cuando así sucede la norma penal lo que suele reflejar es el propósito de reprimir determinadas conductas funcionariales porque se estiman contrarias al interés propio de la Administración pública de la que dicho funcionario es agente o elemento integrante. Pero, en otras ocasiones, opera sobre acciones o conductas que habrían sido constitutivas de infracción penal aunque las hubiera realizado un particular.

d) A efectos penales no son identificables ni confundibles los conceptos de Estado y Administración pública, aunque ésta forme parte de aquel. El Estado es la global estructura con la que se organiza una colectividad para resolver su convivencia (aspecto orgánico), y también el conjunto de valores y derechos fundamentales que se proclaman como esenciales para esa convivencia (aspecto moral). Y la Administración pública es solo una parte de la organización estatal, y sus cometidos representan por ello solamente una parcela de la actividad estatal

Aplicando estas pautas a nuestro caso, resulta que la sanción penal y la sanción disciplinaria tienen el mismo fundamento jurídico. El fundamento de la sanción disciplinaria, como señala la jurisprudencia, es procurar la irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía en cuanto interés legítimo y propio de la Administración Pública para que ésta satisfaga los intereses generales a que viene obligada por mandato constitucional. El bien jurídico protegido en este tipo de delitos son los intereses patrimoniales de la Administración, su correcto funcionamiento patrimonial y la confianza de los ciudadanos en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen».

Tal y como se ha sentado por la jurisprudencia constitucional en su Sentencia 77/1983, el principio *non bis in idem* se halla inexorablemente unido al principio de legalidad, consagrado en el art. 25.1 de la Constitución. Por su parte, como recuerda la Propuesta de Resolución, entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 16 de enero de 1991 y 28 de julio de 1997, señalan que el principio *non bis in idem* tiene rango constitucional al estar implícito en el art. 25.1 de la Constitución e impide el doble reproche, penal y disciplinario, que no se justifica cuando se trata de unos mismos hechos que se imputan a una misma persona y que son tratados por los Tribunales y la Administración teniendo en cuenta la condición funcional del sujeto responsable, lo que determina que las penas impuestas le afecten tanto en la esfera personal como funcional.

Ello nos conduce a la nulidad de la Resolución del Alcalde objeto de revisión de oficio por estar incurso en la causa del art. 62.1.a), que considera nulos de pleno derecho los actos «*que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo*

constitucional», pues ese derecho se incluye, dentro del texto constitucional, en la sección V (de los derechos fundamentales y de las libertades públicas) del Capítulo Segundo (derechos y libertades) del Título I (derechos y deberes fundamentales).

De todo ello derivará, consecuentemente, como señala la Propuesta de Resolución estimando con ello las alegaciones del interesado, que, tras la declaración de nulidad de la Resolución de la Alcaldía de 27 de mayo de 2010, se reconozca, como consecuencia y efecto de aquella declaración, el derecho del funcionario afectado a percibir las retribuciones que le correspondan por la efectiva suspensión de funciones de seis años con que fue sancionado y que ahora se anula, incluidos los intereses legales a que tenga derecho.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues procede declarar la nulidad de la Resolución objeto de la revisión de oficio instada.