



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 1 2 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 9 de octubre de 2018.

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, en ejecución de sentencia, del acta de 21 de junio de 2016 y del Informe de la misma fecha del Inspector de Educación, por el que se propone la no renovación de la comisión de servicios a (...) (EXP. 363/2018 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Educación y Universidades, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad, en ejecución de sentencia, del Acta de 21 de junio de 2016 y del Informe de la misma fecha del Inspector de Educación, por el que se propone la no renovación de la comisión de servicios a (...) en el Aula del Hospital Materno Infantil de Las Palmas durante el curso 16/17.

2. La legitimación de la Sra. Consejera para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y c) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo, en relación el primer precepto citado con el 47.1.g) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

3. El procedimiento se inició a instancia de la interesada, por lo que el transcurso del plazo para dictar resolución no producirá la caducidad del procedimiento, tal como establece el art. 106.5 LPACAP.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

4. La Excm. Sra. Consejera de Educación y Universidades es competente para incoar y resolver el presente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 29.1 g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias (BOC N° 96, de 01.08.90), que atribuye a las personas titulares de los Departamentos la incoación y resolución de los expedientes de revisión de oficio de los actos del propio Departamento, mientras que la instrucción es competencia de la Dirección General de Personal de la Consejería de Educación y Universidades, en virtud del art. 19.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica de Canarias.

5. De lo obrado en el expediente no se aprecia la existencia de deficiencias formales que obstan un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

De la documentación obrante en el expediente remitido a este Consejo resulta que las cuestiones de hecho y los trámites relevantes para poder pronunciarse sobre el fondo del asunto son los que siguen:

1. La interesada, funcionaria de carrera docente del Cuerpo de Maestros, con destino en el CEIP Iberia, participó en el procedimiento de adjudicación de destinos provisionales del curso 2015/16, para el personal docente no universitario que presta servicios en los centros públicos dependientes de la Comunidad Autónoma de Canarias, convocado por Resolución de 14 de mayo de 2015, de la Dirección General de Personal, por comisión de servicios para puestos singulares, en Centro Hospitalario.

2. Por Resolución de la Dirección General de Personal se hace pública la adjudicación definitiva de destinos provisionales para el curso 2015/16; la interesada obtiene destino, en régimen de comisión de servicios en puesto singular, en el Aula del Hospital Materno Infantil de Las Palmas.

3. Por Resolución de 13 de mayo de 2016, de la Dirección General de Personal, se convoca el procedimiento de adjudicación de destinos provisionales del curso 2016/17, para el personal docente no universitario que presta servicios en los centros públicos dependientes de la Comunidad Autónoma de Canarias.

La interesada participa en este procedimiento por el colectivo de comisión de servicios para puestos singulares, pidiendo únicamente la prórroga del destino que desempeñó el curso anterior en el Aula Hospital Materno Infantil de Las Palmas.

4. Por escrito de 20 de junio de 2016, la Gerencia del Hospital Materno Infantil de Las Palmas traslada a la Inspección Educativa una queja relativa a incidentes protagonizados por la interesada en el citado centro hospitalario, con exposición detallada de los mismos.

5. Para tratar este asunto, el 21 de junio de 2016 se celebra una reunión en la sede de la Inspección Educativa con la presencia del Inspector de Educación y de la funcionaria afectada, en donde se le da conocimiento de las quejas y se le toma declaración; de lo anterior se deja constancia en Acta de misma fecha.

6. Por Resolución de la Dirección General de Personal, publicada el 23 de junio de 2016, se hacen públicas las listas definitivas, para el Cuerpo de Maestros, de admitidos y excluidos a participar en comisión de servicios en la convocatoria del procedimiento de adjudicación de destinos provisionales para el curso 2016/17, siendo admitida la interesada en la comisión de servicios por puestos singulares en Centro Hospitalario.

7. Posteriormente, por escrito de 27 de junio de 2016, la Inspección de Educación eleva a la Dirección General de Personal informe de 21 de junio de 2016 con propuesta de no renovación de la comisión de servicios a (...) en la citada Aula Hospital Materno Infantil durante el curso 2016/17; acompaña el citado escrito de queja de 20 de junio de 2016 de la Gerencia del Hospital Materno Infantil, y sendas Actas de reuniones celebradas con la dicente el 25 de enero de 2016 y el 21 de junio de 2016.

8. Por Resolución de la Dirección General de Personal, publicada el 19 de julio de 2016, se hace pública la adjudicación definitiva de destinos provisionales para el curso 2015/2016 al personal docente del cuerpo de Maestros, en la que la interesada fue excluida de prorrogar la comisión de servicios en el puesto singular «Aula Hospital Materno Infantil de Las Palmas de Gran Canaria», único centro que había solicitado.

9. Por escrito de 31 de enero de 2017, registro de entrada el 1 de febrero de 2017, la interesada formula petición de revisión de oficio contra el acta de 21 de junio de 2016 del Inspector de Educación porque le «deniega la prórroga de comisión de servicios, sin traslado a otro servicio».

10. Por Resolución de la Dirección General de Personal, Registro nº 1144/2017, de 19 de abril de 2017, en base al art. 115 LPACAP, se calificó el escrito de la

interesada como recurso potestativo de reposición contra la Resolución 2015/16, y en esos términos fue inadmitida por extemporánea

11. Por oficio de 9 de marzo de 2017 del Servicio de Gestión de RRHH de la Dirección General de Personal, se le da traslado a la interesada del informe de 21 de junio de 2016 de la Inspección de Educación que contenía la propuesta de no renovación de su comisión de servicios en el Aula Hospital Materno Infantil durante curso 16/17; consta que se le notificó el 14 de marzo de 2017.

12. La interesada interpone demanda contra la Resolución de la Dirección General de Personal, Registro nº 1144/2017, de 19 de abril de 2017, que inadmitió su petición de revisión de oficio (recalificado como recurso potestativo de reposición), que se diligenció en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº. 2 de Las Palmas de Gran Canaria, Procedimiento Abreviado nº. 165/17, recayendo sentencia de 29 de enero de 2018, con el siguiente fallo judicial:

«Que ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso interpuesto por la representación de (...), declarando la nulidad del acto impugnado, y condenando a la administración demandada a dar respuesta a la petición de revisión formulada por la parte actora».

13. En ejecución de la citada sentencia, por Orden de la Consejería de Educación y Universidades, Registro nº 166/2018, de 18 de mayo de 2018, se inicia el procedimiento de revisión de oficio incoado por la interesada, y se le dio trámite de alegaciones; consta que le fue notificada el 24 de mayo de 2018.

14. En plazo legal, mediante escrito de 5 de junio de 2018, con registro de entrada el 6 de junio de 2018, la interesada presenta alegaciones en el seno del expediente de revisión de oficio, que omitimos reproducir dada su extensión.

15. Por la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos se emite informe preceptivo en el que estima conforme a Derecho el borrador de Orden que le fue remitido.

16. La Propuesta de Orden que se somete a nuestra consideración, aun cuando entra en el análisis de la cuestión de fondo, inadmite la solicitud de revisión de oficio instada por la interesada, en tanto que ni el Acta de 21 de junio de 2016 del Inspector de Educación, ni el informe de misma fecha pueden ser objeto de revisión de oficio según previene el art. 106.1 LPACAP, en tanto que tal revisión de oficio únicamente puede instarse de actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, quedando vedada la vía de la revisión de oficio a los actos de trámite que no ponen fin a la vía administrativa.

III

Esta materia está regulada por la Orden de 10 de mayo de 2010, por la que se establecen las normas aplicables para la provisión de puestos de trabajo vacantes con carácter provisional, por parte del personal funcionario de carrera, funcionario en prácticas y laboral fijo docente no universitario, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, posteriormente modificada parcialmente por la Orden de 16 de marzo de 2012.

Es de especial importancia el art. 12 (modificado por la Orden de 16 de marzo de 2012) que, en lo que interesa, establece en su apartado 3 que «Para la prórroga de los destinos ocupados en comisión de servicios se exigirá la participación del funcionario interesado en los concursos de traslados que se convoquen hasta la finalización de los mismos y la petición en estos procedimientos del centro en el que se disfrute de la comisión de servicios», mientras que en el apartado 4 que «La prórroga podrá ser denegada por la inexistencia de vacante, por las necesidades de conformación de los equipos directivos de los centros, por las necesidades de colocación del personal funcionario suprimido o desplazado de su destino definitivo, por informe motivado desfavorable de las Direcciones de los centros, de la Inspección Educativa o de las Direcciones Territoriales de Educación sobre el desempeño del puesto de trabajo en el curso anterior, por la adjudicación de otro destino provisional en comisión de servicios y por cualquier otra causa justificada debidamente motivada».

También es de destacar que la Orden de 16 de marzo de 2012 suprimió la valoración de las solicitudes de comisiones de servicios por parte de una Comisión creada *ad hoc*.

Por último, salvo en el caso de revocación durante el curso escolar para el que fue concedida (art. 3.2), el procedimiento de concesión y prórroga de la comisión de servicio no prevé la audiencia previa a los interesados.

IV

La primera cuestión a analizar es la afirmación de la Propuesta de Orden de que no cabe, conforme el art. 106.1 LPACAP, «la revisión de oficio de los actos de trámite que no ponen fin a la vía administrativa».

De la lectura del tal precepto se deriva que no es exacta tal afirmación en su proyección sobre el caso, en la medida en que la propia Administración, al resolver el

recurso de reposición, vino a reconocer que el objeto de impugnación fue la exclusión en la prórroga de la situación de comisión de servicios que la interesada disponía y en que, además, lo que ésta vino a solicitar en su escrito iniciador del procedimiento al amparo del art. 106.1 LPACAP fue la revocación de dicha exclusión.

V

1. Antes de entrar en el análisis de la concurrencia o no de las causas de nulidad, hemos de reiterar que, como tantas veces se ha señalado por este Consejo Consultivo y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la revisión de oficio supone el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (ver por todos, Dictamen 302/2018, de 29 de junio).

Así, la declaración de nulidad ha de analizarse, pues, partiendo de este carácter restrictivo de los motivos de nulidad, pues la revisión de oficio no es en modo alguno un cauce para decidir cuestiones que debieran haber sido resueltas por las vías de impugnación ordinarias.

2. En el presente caso, la interesada cita como causas de nulidad las previstas en las letras a), b) y e) del art. 47.1 LPACAP; pero solo razona, en su escrito de alegaciones, que la causa de nulidad se basa en que las discordancias entre el acta, que deja constancia de su comparecencia ante la Inspección y el informe final que no coincide con el acta, y que le ha producido indefensión al estar mal dado el preceptivo trámite de audiencia exigido en todo procedimiento administrativo según la Ley 39/2015. Ese razonamiento puede reconducirse a las causas de nulidad previstas en las letras a) y e) del art. 47.1 LPACAP (actos que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido).

Sin embargo, los procesos selectivos del personal al servicio de las Administraciones públicas están sujetos a procedimientos especiales, derivados del derecho de acceso a las funciones públicas (art. 23.2 CE) y la reserva de ley del

acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (103.3 CE).

El texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, establece, en su art. 14, como derechos de los empleados públicos la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación, mientras que en el preceptúa que la promoción interna se realizará mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Por último, en el art. 55, relativo a los principios rectores, dispone que todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y que las Administraciones Públicas seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los de publicidad de las convocatorias y de sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

Los procesos selectivos de ingreso en la función pública son, por su propia naturaleza, procedimientos especiales, a los que no se aplica el procedimiento administrativo común por ser plúrimos, esto es, dirigidos a una pluralidad de destinatarios, en los que no se exige audiencia previa.

Así, el Estatuto Básico del Empleado Público solo exige la audiencia en los casos de evaluación del desempeño de las funciones (art. 20) y en los procedimientos disciplinarios (arts. 41 y 98).

Por su parte, la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, en su art. 38, en el que regula la comisión de servicios, no exige audiencia ni siquiera en el caso de comisiones de servicio de carácter forzoso.

En el ámbito educativo, las comisiones de servicio están previstas en el Real Decreto 2112/1998, de 2 de octubre, por el que se regulan los concursos de traslados de ámbito nacional para la provisión de plazas correspondientes a los Cuerpos

Docentes, que aunque no es de aplicación al presente caso, prevé las comisiones de servicios sin exigir tampoco audiencias previas.

Por ello, en la Comunidad Autónoma de Canarias la Orden de 10 de mayo de 2010, por la que se establecen las normas aplicables para la provisión de puestos de trabajo vacantes con carácter provisional, por parte del personal funcionario de carrera, funcionario en prácticas y laboral fijo docente no universitario, no establece en el procedimiento para la concesión de comisiones de servicio y sus prórrogas audiencia previa alguna.

3. Ni siquiera, en el caso que nos ocupa, ni la no motivación del informe desfavorable -en la medida en que ese informe vincula a la resolución final, la motivación de esta es la motivación del informe-, ni la existencia misma de éste, pudieran ser consideradas como causas de nulidad, pues el apartado 3 del art. 12 de la Orden exige que el centro «solicite» la prórroga de la comisión de servicio, pues por su propia naturaleza las comisiones, como establece el art. 38 de la Ley canaria de función pública, ya citada, dispone el carácter temporal de esta figura. Por consiguiente, es suficiente con la no solicitud de la prórroga por parte del Centro para justificar la no concesión de la prórroga de la comisión de servicios.

Pero es que tanto el informe del Gerente como el del Inspector están motivados, conteniendo las causas por las que el centro informa en contra de la concesión de la prórroga.

La única conclusión posible a la que nos lleva las consideraciones anteriores es que no concurre causa de nulidad en la Resolución final por la que se deniega la prórroga a la interesada. Esta, en efecto, si estaba en desacuerdo con esa denegación de la prórroga debió recurrir, por los causes ordinarios, la resolución final, no siendo la revisión de oficio un mecanismo hábil para reabrir *sine die* los procedimientos ya concluidos.

Ya en nuestro Dictamen 53/2014, de 26 de febrero de 2014, recogíamos la siguiente jurisprudencia del TS (Sentencia de 15 octubre 2012):

«La posibilidad de solicitar la revisión de un acto nulo por la extraordinaria vía del artículo 102.1, no puede constituir una excusa para abrir ese nuevo período que posibilite el ejercicio de la acción del recurso administrativo o judicial de impugnación del mismo, ya caducada, cuando el administrado ha tenido sobrada oportunidad de intentarlo en el momento oportuno».

En definitiva, la resolución que denegó la prórroga de la comisión de servicio solicitada por la interesada no adolece de causa de nulidad alguna.

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

1. La Propuesta de Resolución, en cuanto inadmite la solicitud de revisión de oficio instada por la interesada, no es conforme a Derecho.

2. En cualquier caso, en la Resolución de la Dirección General de Personal, publicada el 19 de julio de 2016, por la que se hace pública la adjudicación definitiva de destinos provisionales para el curso 2016/2017 al personal docente del cuerpo de Maestros, en la que la interesada fue excluida de prorrogar la comisión de servicios en el puesto singular «Aula Hospital Materno Infantil de Las Palmas de Gran Canaria», no concurre causa de nulidad, tal como se razona en el Fundamento V de este Dictamen. Procede, en consecuencia, emitir dictamen desfavorable a la revisión de oficio instada.