



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de septiembre de 2019.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Los Llanos de Aridane en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de la Alcaldía n.º 2019000865, de «Ampliación de jornada a distintas trabajadoras del Ayuntamiento de Los Llanos de Aridane (Servicio de Día de Menores)» (EXP. 232/2019 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. La Sra. Alcaldesa de Los Llanos de Aridane solicita el parecer de este Consejo sobre la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución n.º 2019000865 de la Alcaldía, por la que se amplía a tiempo completo la jornada de una trabajadora social y una pedagoga del servicio de día de menores.

2. La legitimación de la Alcaldesa para solicitar el dictamen, la competencia de este Consejo para emitirlo y su preceptividad, 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 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.

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.

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

3. La ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos contenida en el art. 106 LPACAP permite que proceda contra actos que sean firmes en vía administrativa, firmeza que se acredita en este caso.

4. La tramitación del procedimiento se inició de oficio, mediante Resolución de la Alcaldía n.º 2019001044, de 17 de abril de 2019, por lo que está sometido al plazo de caducidad de seis meses establecido en el art. 106.5 LPACAP.

5. Entre las causas de nulidad esgrimidas para proceder a la nulidad del acto se cita la de que no se acredita fehacientemente la existencia de crédito adecuado y suficiente, según informa intervención [art. 47.1, g) LPACAP, en relación con el art. 25.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, que reproduce el actual art. 173.5 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo].

Este precepto establece que no podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar.

Sin embargo, en el expediente inicial solo constaba un informe de la Intervención municipal en el que se manifestaba que «dado que esta intervención estima que estamos ante una modificación de la plantilla municipal existente, en cuanto a que se amplía la jornada de 25 a 37,5 horas semanales a 17 peones de limpieza, y de 20 a 37,5 horas semanales a dos trabajadores del servicio de Día para menores, lo cual supondría en consecuencia un aumento del importe de las respectivas partidas presupuestarias, que a la fecha actual se encuentran dotadas únicamente para atender a la jornada parcial establecida, desde esta intervención se entiende que, en su caso, procedería realizar una modificación presupuestaria, en los términos establecidos en el artículo 126 de Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, no siendo posible en este momento del procedimiento certificar la existencia de crédito adecuado y suficiente para acometer el gasto que se requiere».

Ese informe se refería conjuntamente a dos expedientes de revisión de oficio (es decir, tanto para la ampliación de la jornada de los 17 peones de limpieza, como de las dos trabajadores del servicio de día para menores), sin que se pudiera apreciar si para cada uno de ellos (los peones por un lado o las trabajadoras del servicio de día de menores) pudiera existir crédito adecuado y suficiente para acometer el gasto que se pretende en cada caso, por lo que se procedió, con suspensión del plazo para

emitir el dictamen, a solicitar de la Intervención del Ayuntamiento certificación de que no existe crédito adecuado y suficiente para acometer el gasto de la ampliación de jornada ni de los 17 peones de limpieza, ni de las dos trabajadoras del servicio de día para menores.

Remitida tal certificación, nada impide que este Consejo se pronuncie sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

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

- Mediante Resolución de la Alcaldía n.º 2019000865 se acordó ampliar la jornada, a jornada completa, de las dos trabajadoras municipales, trabajadora social y pedagoga del servicio de día que a continuación se señalan en la propia Resolución.

- La anterior Resolución fue notificada a las interesadas el día 26 de abril de 2019.

2. Mediante Resolución de la Alcaldía n.º 2019001064, de 17 de abril de 2019, se acordó iniciar procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de la Alcaldía Nº 2019000865, dando traslado del acto dictado a las trabajadoras interesadas y al Presidente del Comité de Empresa, otorgando un plazo de 15 días a los efectos de que los interesados presentaran las sugerencias y alegaciones que estimaran oportunas.

La Resolución anterior fue notificada a los interesados en el expediente en las fechas que a continuación se indican:

- (...), 26 de abril de 2019.
- (...), 26 de abril de 2019.
- Sr. Presidente del Comité de Empresa, 24 de abril de 2019.

3. La Propuesta de Resolución pretende declarar la nulidad absoluta de la Resolución de la Alcaldía n.º 865/2019 por considerar que se encuentra incurso en las siguientes causas de nulidad del art. 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

- a) Dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, según se informa por Secretaría con fecha de 27 de septiembre de 2018 [47.1, e)].

b) Puesto que otorga derechos a personal indefinido no fijo, entendiendo por recursos humanos que se aplica sobre personal que no ha ingresado cumpliendo los principios de igualdad, mérito y capacidad exigidos por la normativa vigente [47.1, f)].

c) Para el que no se acredita fehacientemente la existencia de crédito adecuado y suficiente, según informa intervención [47.1,g), en relación con el art. 25.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril].

III

1. Ha de advertirse con carácter previo al análisis de los motivos alegados por la reclamante, como tantas veces se ha señalado por este Consejo Consultivo y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la revisión de oficio supone el ejercicio de una facultad exorbitante por 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 ello 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 el Dictamen 247/2019, de 24 de junio, que reitera anteriores pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

La declaración de nulidad ha de analizarse partiendo del 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. Esto es, la revisión de oficio es una vía excepcional que solo se puede utilizar cuando se den las causas tasadas previstas legalmente, entre las que no se encuentra expresamente contemplada como tal la declaración de inconstitucionalidad de la ley al amparo de la cual se hayan dictado los actos que se pretenden revisar. Por ello, sin perjuicio de que en algunos casos especiales puedan servir para reabrir una situación que pareciera consolidada, no podría emplearse para revisar las situaciones que no se puedan impugnar al amparo de los procedimientos generales de revisión previstos legalmente.

2. Dicho lo anterior, se ha de proceder a examinar si concurre cada una de las causas de nulidad esgrimidas por la Propuesta de Resolución.

Así, por lo que respecta a la causa de la letra e) del art. 47.1.e) LPACAP, esto es, haberse dictado el acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, razona la Propuesta que la omisión del trámite de modificación del Anexo de Personal, en forma total y absoluta, vicia de nulidad, en primer término, cualquier eventual ampliación de jornada.

Se ha de recordar que no toda infracción del ordenamiento jurídico tiene como consecuencia la nulidad de los actos. Este Consejo Consultivo ha recogido esta doctrina, como se expresa entre otros en los DDCC 429/2018, 422/2016 y 156/2017:

«Puesto que la nulidad absoluta, radical o de pleno derecho constituye el grado máximo de invalidez de los actos administrativos que contempla el ordenamiento jurídico, el procedimiento de revisión de oficio no es la vía para constatar cualquier infracción del ordenamiento jurídico que pueda imputarse a un acto administrativo, sino que está reservado exclusivamente para determinar aquellas infracciones que constituyan, por su cualificada gravedad, un supuesto de nulidad plena, previsto en el artículo 62.1 LRJAP-PAC (actualmente, art. 47.1 LPACAP); de modo que únicamente puede ser declarada en situaciones excepcionales que han de ser apreciadas con suma cautela y prudencia, sin que pueda ser objeto de interpretación extensiva, según afirma reiteradamente la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo».

Por su parte, en nuestro Dictamen 573/2018 (de 20 de diciembre, señalábamos:

«la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido especialmente restrictiva en cuanto al tratamiento de este motivo, señalando que los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad deben ser de magnitud ("es preciso que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento) que no baste la omisión de alguno de estos trámites, por lo que resulta necesario ponderar en cada caso las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido" (SSTS de 17 de octubre de 1991 y 31 de mayo de 2000).

Por lo tanto, no cualquier irregularidad puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho pretendida, por cuanto que la Jurisprudencia viene exigiendo bien la ausencia de todo trámite, bien haber utilizado un procedimiento no previsto. Dicho en otros términos, que sea un acto verbal no es sinónimo de que se haya dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y que, por tanto, esté incurrido en vicio de nulidad, puesto que si no se acreditase la causa de nulidad alegada en los términos exigidos por la Doctrina jurisprudencial y consultiva que lo interpreta, debe presumirse que el acto verbal es válido y produce sus efectos desde la fecha en que se dicten (art. 56 LRJAP-PAC)».

Partiendo de lo anterior, este Consejo no puede compartir la argumentación de la Propuesta de Resolución por la sencilla razón de que la infracción formal que se imputa a la Administración y por cuya virtud se promueve esta revisión se produce en relación con un acto distinto. En efecto, el acto de ampliación de la jornada, que es el que se pretende anular, es distinto al de la modificación del anexo de personal. Es decir, la modificación del anexo de personal no forma parte del procedimiento del acto de la ampliación de la jornada, por lo que la omisión de uno, por mucho que pueda condicionar al otro, no puede refutarse como falta total y absolutamente del procedimiento establecido. Como dijimos, no toda infracción del ordenamiento supone la nulidad del acto, por lo que hemos de manifestar que no concurre dicha causa de nulidad.

3. Por lo que se refiere a la causa prevista en la letra f), esto es, 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, arguye la Propuesta que el acto que se pretende anular otorga a las interesadas derechos careciendo de los oportunos requisitos para ello, puesto que no ha ingresado cumpliendo los principios de igualdad, mérito y capacidad exigidos por la normativa vigente.

Este Consejo Consultivo ha manifestado acerca de esta causa de nulidad, de manera reiterada y constante, como por ejemplo se hace en el Dictamen 34/2019, de 23 de enero:

«Pues bien, ante todo, se ha de recordar, como tantas veces se ha insistido por este Consejo Consultivo, que para la aplicación de la causa de nulidad prevista en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, actual art. 47.1.f) LPACAP, se requiere que el interesado haya adquirido, en virtud del acto administrativo firme y antijurídico, facultades o derechos sin tener los requisitos que la norma vulnerada establece para su adquisición con carácter esencial.

Así pues, no basta que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieran en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al Ordenamiento Jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición, no cualesquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos sean necesarios para la adquisición del derecho. Por ello se habrá de discernir entre requisitos necesarios y requisitos esenciales, de forma que sólo serán esenciales aquellos que constituyan presupuestos ineludibles de la estructura definitoria del acto, irreconocible sin ellos, o bien, que han de cumplirse inexorablemente para que alcance su fin la norma vulnerada».

Aplicando esa doctrina al caso que nos ocupa podemos observar como los requisitos de los que se considera que las interesadas carecen (no haber ingresado en la Administración como empleadas cumpliendo los principios de igualdad, mérito y capacidad exigidos por la normativa vigente) lo son para poder acceder a empleo público en general, de acuerdo con los arts. 23 CE y 55 del Estatuto básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no para poder ampliar la jornada de empleadas a tiempo parcial.

Además, en el expediente no está acreditado que las interesadas no hayan accedido con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, por lo que igualmente se debe afirmar que no concurre la citada causa de nulidad.

4. Por último, en relación con la tercera de las causas sostenidas por la Propuesta de Resolución, cualquiera otra que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley, art. 47.1,g), en este caso, la no acreditación de la existencia de crédito adecuado y suficiente, art. 25.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril -que reproduce el actual art. 173.5 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL)-, el informe de la intervención municipal de fondos concluye que «el incremento de jornada laboral supone un importe de 34.577,81 para los dos técnicos y que del estado de ejecución del presupuesto se extrae que no habría crédito suficiente en la partida 2310.13101, ni a nivel de vinculación jurídica».

En nuestro DCC 22/2012 manifestábamos, con ocasión de un contrato suscrito sin los créditos correspondientes, que «según los arts. 162 y 163 TRLHL, los Presupuestos de las Entidades Locales constituyen la expresión cifrada de las obligaciones que pueden reconocer como máximo, en su apartado de gastos, en cuyos estados han de recogerse específicamente los créditos necesarios para atender tales obligaciones, en su importe íntegro y con la finalidad de gasto exclusivamente autorizada (arts. 165 TRLHL).

Por eso, los pagos sólo serán exigibles cuando resulten de la ejecución de los Presupuestos, en los términos antedichos, no pudiéndose adquirir compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en aquellos, de modo que los actos y los acuerdos o resoluciones que lo contradigan son nulos de pleno derecho (art. 173 TRLHL), razón por lo que, con la pertinente previsión presupuestaria, en los compromisos de gasto de carácter plurianual, la autorización o abono ha de sujetarse al crédito que se contemple para cada ejercicio.

En definitiva, si el contrato se hubiera suscrito con carencia o insuficiencia de crédito, sin las previsiones presupuestarias correspondientes en cada ejercicio, sería nulo de pleno

derecho por incumplimiento de la legalidad contractual y financiera aplicable (art. 32 c) LCSP y 173.5 TRLHL), con los efectos que ello comporta».

En el caso que nos ocupa, acreditada por la Intervención la insuficiencia de crédito para afrontar el coste de la ampliación de jornada de las interesadas, la consecuencia no puede ser otra que la nulidad del acto.

5. Como se ha expuesto, la causa de nulidad invocada goza de la imprescindible cobertura legal.

El art. 173. 5. TRLHL dispone que «no podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar», de lo que se deriva que la Resolución de la Alcaldía n.º 2019/000865, por la que se amplía a tiempo completo la jornada de una trabajadora social y un pedagoga del servicio de día de menores, es nula de pleno derecho al adquirirse un compromiso de gasto por cuantía superior al importe que tiene asignado la aplicación presupuestaria existente a dicho fin.

Se estima, por tanto, la procedencia de la revisión de oficio, según lo establecido en el art. 106.1 LPACAP, en relación con el art. 47.1.g) del mismo texto legal, al ser revisables de oficio los actos que sean nulos de pleno derecho al establecerlo expresamente una disposición de rango legal, sin que se aprecie la existencia de circunstancias que, de acuerdo con el art. 110 LPACAP, limiten las facultades de revisión de los actos nulos.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, procediendo la declaración de nulidad de la Resolución de la Alcaldía n.º 2019000865, por la que se amplía a tiempo completo la jornada de una trabajadora social y una pedagoga del servicio de día de menores, al concurrir insuficiencia de crédito, de acuerdo con el art. 173.5 TRLHL.