

ORDEN de la Consejera de Presidencia, Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad por la que se declara la nulidad de pleno derecho de la Resolución de 27 de abril de 2020, de la Dirección General de la Función Pública, en cuanto a la vinculación de la declaración de la situación de servicios especiales a la aplicación del artículo 42 de la Ley de la Función Pública Canaria a don Juan Manuel Sosa Rodríguez.

Examinado el expediente tramitado por la Dirección General de la Función Pública por el que se inicia procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de la Dirección General de la Función Pública de 27 de abril de 2020, por la que se declara en situación de servicios especiales a don Juan Manuel Sosa Rodríguez y de la Resolución de 4 de octubre de 2022, por la que se procede a la rectificación de errores de la anterior Resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El día 17 de julio de 2019 don Juan Manuel Sosa Rodríguez, con DNI número 42.013.551 A, funcionario de carrera del Cuerpo Superior Facultativo, Escala Titulados Sanitarios, Especialidad Médico de Medicina Asistencial, adscrito como médico de familia en la Gerencia de Atención Primaria de Lanzarote, dirige comunicación al Director de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud poniendo de manifiesto que ha sido elegido Consejero del Cabildo Insular de Lanzarote en las elecciones celebradas el día 26 de mayo de 2019 y ha sido designado Portavoz del Grupo Político de Coalición Canaria, en fecha 25 de junio de 2019, solicitando por tanto el pase a la situación administrativa de servicios especiales.

A la citada solicitud acompaña Certificado del Secretario General Accidental del Pleno, de 12 de julio de 2019, el cual es completado posteriormente mediante Certificado del Secretario General del Pleno, de 26 de noviembre de 2019, en virtud del cual se acredita que, además, no recibe ningún tipo de retribución fija y periódica, al no ostentar la condición de dedicación exclusiva.

Segundo. A la vista de la citada solicitud, y previos los trámites correspondientes, el día 10 de diciembre de 2019 se resuelve por parte de la Dirección General de la Función Pública, el cambio de situación administrativa a servicios especiales, con efectos desde el día 25 de junio de 2019, en aplicación del artículo 87.1, letra f) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, así como en aplicación del artículo 41, letra h) en relación con el artículo 42 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria.

Tercero. El día 31 de diciembre de 2019, el citado funcionario presenta nuevo escrito ante el Director de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud solicitando la actualización de su situación administrativa de servicios especiales, aportando para ello certificado del Secretario General del Pleno, de 31 de diciembre de 2019, en virtud de la cual se manifiesta que, mediante Decreto de la Presidencia del Cabildo Insular de Lanzarote, número 6665, de 31 de diciembre de 2019, ha sido designado Consejero Delegado del Área Insular de Sanidad y Planificación Sanitaria, no recibiendo ningún tipo de retribución fija y periódica del citado Cabildo, al no ostentar la condición de dedicación exclusiva.



Cuarto. A la vista de la citada solicitud, y previos los trámites correspondientes, el día 27 de abril de 2020 se resuelve, por parte de la Dirección General de la Función Pública, la modificación de las circunstancias de la situación administrativa de servicios especiales, con efectos desde el día 30 de diciembre de 2019, en aplicación del artículo 87.1, letra f) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, así como en aplicación del artículo 41, letra h) en relación con el artículo 42 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria.

Quinto. Don Samuel C. Martín Morera, con DNI número 78.554.450 C, en su condición de Portavoz del Grupo Nacionalista de Coalición Canaria en el Cabildo de Lanzarote, presenta escrito ante la Dirección General de la Función Pública, en fecha 13 de agosto de 2021, con registro de entrada número APJS 22132/2021, en virtud del cual pone de manifiesto que tiene conocimiento de que don José Manuel Sosa Rodríguez sigue percibiendo las retribuciones por parte del Servicio Canario de La Salud, conforme a lo previsto en el citado artículo 42 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, si bien perdió su condición de portavoz de grupo plenario el día 2 de diciembre de 2019, por renuncia.

Sexto. En fecha 22 de agosto de 2022 la Dirección General de la Función Pública emite informe dirigido al Director General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud (Registro Interno APJS 45015/2022) en virtud del cual concluye que procede que por parte del Servicio Canario de la Salud se inicie un procedimiento de modificación del último acto de declaración de servicios especiales (cambio de situación administrativa) (Acto 04) a fin de regularizar su expediente administrativo de personal, dado que no le resultaría de aplicación lo previsto en el artículo 42 de la citada Ley 2/1987, de 30 de marzo, una vez tenido conocimiento de la pérdida de la condición de portavoz.

Séptimo. El día 4 de octubre de 2022, la Dirección General de la Función Pública, procede a la rectificación de errores de la Resolución del mismo Centro Directivo de 27 de abril de 2020, conforme prevé el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, procediéndose a la eliminación de la referencia, en la anotación registral correspondiente, al citado artículo 42 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria.

Octavo. En fecha 29 de agosto de 2023, con registro de entrada interno SCS 98194/2023, el Director General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud dirige escrito a la Dirección General de la Función Pública sometiendo a su consideración la validez del acto a que se refiere el antecedente de hecho anterior.

Noveno. En fecha 26 de octubre de 2023, el Director General de la Función Pública dirige oficio al Cabildo Insular de Lanzarote, con registro de salida 653293/2023 solicitando la expedición de certificación por parte del órgano que corresponda por razón de su competencia, en relación con la efectiva renuncia, y en su caso, fecha de efecto, del citado funcionario a su condición de portavoz plenario.



Décimo. Consta certificación del Secretario General del Pleno, de 8 de noviembre de 2023, con Visto Bueno de la Presidencia del Cabildo de fecha 9 de noviembre de 2023, en virtud del cual se deja constancia que el citado Consejero presentó su renuncia como Portavoz del Grupo Coalición Canaria Partido Nacionalista Canario en fecha 2 de diciembre de 2019, tomando razón de ello el Pleno de la Corporación, en fecha 13 de diciembre de 2019.

Décimo primero. Consta en el expediente certificación expedida por el Servicio Canario de La Salud, sobre los haberes satisfechos al funcionario en el período comprendido entre el día 1 de diciembre de 2019 y el día 25 de junio de 2023, fecha en la que accede a la condición de personal jubilado.

Décimo segundo. Por parte de la Sra. Consejera de Presidencia, Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad, se dictó, con fecha 24 de noviembre de 2023, la Orden n.º 92/2023, por la que se inicia el procedimiento de revisión de oficio parcial de la Resolución de la Dirección General de la Función Pública, de 27 de abril de 2020, por la que se declara en situación de servicios especiales a D. Juan Manuel Sosa Rodríguez y la Resolución, de 4 de octubre de 2022, por la que se procede a la rectificación de errores de la anterior Resolución.

Décimo tercero. Por parte del Servicio que instruye el expediente se dio trámite de audiencia a don Juan Manuel Sosa Rodríguez con fecha 28 de noviembre de 2023 (recibida por el interesado con fecha 30 de noviembre de 2023), poniendo a su disposición el expediente administrativo accediendo de forma presencial en la sede de la Dirección General de la Función Pública en Santa Cruz de Tenerife, o bien, telemáticamente, para lo que se debía poner a nuestra disposición una dirección de correo electrónico.

Décimo cuarto. Con fecha 7 de diciembre tiene entrada en el registro de la Dirección General de la Función Pública escrito de contestación de don Juan Manuel Sosa Rodríguez, quien obviando el contenido de nuestro escrito de 28 de noviembre de 2023, solicita copia íntegra del expediente (se refiere a la misma documentación en el apartado primer y segundo), así como las comunicaciones mantenidas con el Cabildo Insular de Lanzarote respecto a su declaración de servicios especiales.

Décimo quinto. Con fecha 15 de diciembre de 2023 se puso a disposición de don Juan Manuel Sosa Rodríguez el expediente administrativo compuesto por quince documentos, además, en una separata, la documentación solicitada en el apartado tercero de su escrito y compuesto por tres documentos, que no formando parte del expediente administrativo inicial de la revisión de oficio, así fueron solicitados por el interesado. Además, se le otorgó de nuevo el plazo para el trámite de audiencia de quince días hábiles que empezó a computarse a partir del día 21 de diciembre de 2023, toda vez que consta la recepción de nuestro escrito y documentación el 20 de diciembre de 2023.

Décimo sexto. Con fecha 8 de enero de 2024 se recibe en esta Dirección General escrito del interesado donde realiza las siguientes alegaciones:



a) En la primera parte de su escrito, que el interesado llama ANTECEDENTES, en su apartado cuarto realiza una serie de consideraciones donde cuestiona el trámite de audiencia conferido porque entiende que le produce indefensión. Respecto de esta cuestión debe advertirse que debido a que el procedimiento de revisión de oficio no cuenta con un procedimiento reglado específico, debe aplicársele los principios generales del procedimiento administrativo común recogido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, además de aquellas otras cuestiones que se regulan en otras normas, tales como:

- Decreto 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, que establece que es preceptivo solicitar informe en el supuesto de la revisión de oficio de actos administrativos (artículo 20 e)), pero que también regula en el artículo 19.5: “Los informes de carácter preceptivo habrán de solicitarse una vez instruidos los expedientes y cumplido, en su caso, el trámite de audiencia a las personas interesadas, si este fuera exigible. Además de la documentación a que se refiere el apartado anterior, habrá de acompañarse, en su caso, propuesta de resolución suscrita por el órgano competente para formularla según el procedimiento de que se trate.”

- La Ley 5 /2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, que recoge el carácter no vinculante de sus dictámenes salvo en los casos que se disponga expresamente lo contrario, que exige el artículo 106.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuando en su artículo 106.1, establece que la Administración declarará de oficio la nulidad de sus actos previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en este caso, Consejo Consultivo de Canarias.

Por tanto, el Reglamento Orgánico del Servicio Jurídico exige que antes de solicitar el informe preceptivo de la revisión de oficio se haya realizado el trámite de audiencia a la persona interesada, como se ha hecho por parte de la Dirección General de la Función Pública, descrito en los apartados inmediatamente anteriores. Es evidente que no se produce indefensión al interesado cuando justamente se le ha dado un trámite de audiencia, antes de solicitar el informe de los Servicios Jurídicos.

b) Con respecto a la segunda parte del escrito de don Juan Manuel Sosa Rodríguez, que denomina SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO, además de expresar su disconformidad con el procedimiento de revisión de oficio, el interesado parece obviar que la revisión de oficio es el mecanismo del que se vale la Administración para revisar sus propios actos, atendiendo a razones de legalidad. En este sentido se precisa el procedimiento respecto de si el acto a revisar pudiera estar incurso en causa de nulidad de pleno derecho del ya mencionado artículo 106 de la Ley 39/2015, de tal manera que sí se puede acudir a la figura de la revisión cuando se estima que concurren tales causas.

Por otro lado, el acto que pretende revisarse en la concesión del pase a la situación de



servicios especiales vinculado a la aplicación del artículo 42 de la Ley 2/87, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, y si, detectada la no procedencia de la aplicación del artículo 42, fue suficiente la vía de la corrección de errores, sin que en el presente expediente se haya introducido el abono de sus retribuciones y a qué Administración Pública le hubiera correspondido abonar, porque a ese lugar se deberá llegar en el supuesto de que la revisión de nulidad del acto prosperase.

En este apartado el interesado incorpora manifestaciones de deseo y opiniones jurídicas que no aclaran ni aportan información relevante respecto al núcleo central de la controversia jurídica, la razón por la cual cuando se solicitó por su parte, el 31 de diciembre de 2019, la actualización de su situación administrativa de servicios especiales no indicó que desde el día 2 de diciembre de 2019, había dejado de ser portavoz insular del Grupo Nacionalista de Coalición Canaria, por renuncia.

Por tanto debe concluirse que el interesado no aporta en el plazo de alegaciones concedido ningún elemento que desvirtúe los hechos relatados del uno al décimo primero que figuran como antecedentes de hecho.

Décimo séptimo. Con fecha 19 de enero de 2024 se ha solicitado informe preceptivo del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, informado con fecha 20 de febrero de 2024.

En dicho informe se hace referencia a que no consta en el expediente remitido la notificación al interesado de la Resolución de 4 de octubre de 2022, por la que se rectificó la Resolución de 27 de abril de 2020.

Respecto de esta cuestión, la Dirección General de la Función Pública estima que dicha resolución de rectificación de errores no tiene tal relevancia en el acto administrativo sujeto a revisión de oficio -la Resolución de 27 de abril de 2020-, toda vez que nada podía alegar don Juan Manuel Sosa Rodríguez a cualquier solución que se diese por parte de la Dirección General al vicio que contenía la Resolución de 27 de abril de 2020. La solución de utilizar la rectificación de errores para subsanar el vicio de que adolecía la Resolución de origen fue la menos gravosa para los intereses del funcionario.

Décimo octavo. Por parte de la Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad se solicita, con fecha 29 de febrero de 2024, dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, que es emitido -nº 182/2024- con fecha 12 de abril de 2024, en el que se considera conforme a derecho la propuesta emitida por esta Consejería, procediendo en consecuencia, la revisión de oficio.

A los antecedentes de hecho anteriores, les resulta de aplicación, las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS



Primera. Competencia orgánica.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 29.1, letra g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, los Consejeros son competentes para incoar y resolver los expedientes de revisión de los actos dictados por los órganos de su Departamento, siendo que la Dirección General de la Función es un órgano directivo de la Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad conforme establece el artículo 4.1 del Decreto 123/2023, de 17 de julio, por el que se determina la estructura orgánica y las sedes de las Consejerías del Gobierno de Canarias.

Segunda. Plazo.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, éstas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declararán 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 artículo 47.1, por lo que sin perjuicio de lo previsto en su artículo 110, la potestad revisora que se ejerce a través de la presente Orden no es extemporánea.

Tercera. Revisión de oficio.

1. El artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que éstas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán 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 artículo 47.1.

2. Por su parte, el artículo 47, de la citada Ley, en su apartado 1, letra f) declara nulos de pleno derecho, los actos expresos dictados por la Administración en virtud de los cuales el interesado adquiere derechos cuando carece sin embargo de los requisitos esenciales para su adquisición.

3. Tal y como se desprende de los antecedentes de hecho documentados en el expediente, al funcionario don Juan Manuel Sosa Rodríguez, mediante Resolución de la Dirección General de la Función Pública, de fecha 10 de diciembre de 2019, se le declaró en situación administrativa de servicios especiales, con efectos desde el día 25 de junio de 2019, señalándose en tal Resolución que dicha declaración comportaba la aplicación de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria.

4. La aplicación del citado artículo vino sustentada en el hecho de que, conforme se acredita en la certificación presentada, el funcionario no sólo obtuvo la condición de Consejero electo del Cabildo de Lanzarote, sino también la de portavoz del grupo político plenario de Coalición



Canaria, sin percibir retribuciones por ello al no ostentar la condición de dedicación exclusiva, según reza el citado certificado.

5. En efecto, el artículo 42 de la citada Ley 2/1987, de 30 de marzo, establece que los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Canarias que sean elegidos, entre otros supuestos, miembros de las Corporaciones Insulares, podrán acceder a la situación de servicios especiales y continuar percibiendo sus haberes de la Administración de la Comunidad Autónoma.

Prosigue el apartado 2 del citado artículo 42 señalando que para que pueda ejercitarse esta facultad deberán reunirse las siguientes circunstancias:

a) No cobrarse retribuciones periódicas en el cargo para el que ha sido elegido;

b) Continuar afectado por el mismo régimen de incompatibilidades que cuando el funcionario se hallaba en servicio activo.

Además, el apartado 3 establece que para el caso de los miembros electos de las Corporaciones locales deberá concurrir además de las circunstancias señaladas en los apartados anteriores alguna de las siguientes, entre las que se encuentra, en su letra b) el ostentar la condición de portavoz de un grupo institucional, constituido a partir de una lista electoral que haya obtenido más del 20 por 100 de los sufragios, y en su letra c), ser portavoz de un grupo institucional insular, constituido a partir de una lista electoral, o ser el único Consejero electo de una lista que haya concurrido a las elecciones a los Cabildos Insulares.

6. Tal y como ha quedado acreditado en el expediente, en fecha 31 de diciembre de 2019, el citado funcionario presenta un nuevo escrito ante la Directora de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud solicitando la actualización de su situación administrativa de servicios especiales, para lo cual aportó un certificado del Secretario General del Pleno, de fecha 31 de diciembre de 2019, en virtud de la cual se manifiesta que mediante Decreto de la Presidencia del Cabildo Insular de Lanzarote, número 6665, de 30 de diciembre de 2019, había sido designado Consejero Delegado del Área Insular de Sanidad y Planificación Sanitaria, no recibiendo ningún tipo de retribución fija y periódica del citado Cabildo, al no ostentar la condición de dedicación exclusiva.

7. En la mentada solicitud, el funcionario no hacer constar que ha perdido, por renuncia, su condición de portavoz del grupo político en el Pleno Insular, ni tampoco que la misma hubiese surtido efectos desde su toma de razón por parte del órgano plenario, cuestión a la que tampoco alude el certificado presentado.

8. Sin embargo, y en los términos que luego se dirán, este hecho o circunstancia se ha puesto de manifiesto de forma sobrevenida en la Dirección General de la Función Pública, tal y como se expresa en los antecedentes de hecho 5º y 10º de esta Orden.

9. La omisión de la citada información, relevante en cuanto al contenido de su situación administrativa, trajo consigo que mediante Resolución de la Dirección General de la Función Pública, de 27 de abril de 2020 se modificase la situación administrativa de servicios



especiales, con efectos desde el día 30 de diciembre de 2019, en aplicación del artículo 87.1, letra f) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, así como en aplicación del artículo 41, letra h) en relación con el artículo 42 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria.

Dicha Resolución parte de la base por tanto de que sin perjuicio de la designación del Consejero electo como Consejero Delegado, igualmente seguiría ostentando la condición de Portavoz en el Pleno, motivo por el que dicha Resolución acuerda continuar aplicando lo previsto en el citado artículo 42.

10. Sin embargo, como se dijo en el anterior apartado 8, esta circunstancia se ha determinado en el expediente cuando en respuesta al oficio remitido por la Dirección General de la Función Pública, al que alude el antecedente de hecho 9º, se emite por parte del Secretario General del Pleno del Cabildo Insular de Lanzarote, certificación que acredita que en fecha 13 de diciembre de 2019 el Pleno tomó razón de la renuncia presentada por el funcionario en fecha 2 de diciembre de 2019, de manera que a partir de la fecha de la toma de razón, surtió efectos la renuncia y con ello se produjo la pérdida de la condición de portavoz, si bien como se ha expuesto, tal circunstancia no fue puesta de manifiesto por el interesado en su escrito de 31 de diciembre de 2019, al que se refiere el antecedente de hecho 3º, siendo un acto de parte posterior al perfeccionamiento de la renuncia presentada.

11. La efectividad de la renuncia y, por ende, la pérdida de la condición de portavoz, suponía la pérdida del derecho retributivo reconocido en el artículo 42.1 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, o lo que es lo mismo, el derecho a seguir percibiendo sus haberes de la Administración de la Comunidad Autónoma, en este caso, del Servicio Canario de la Salud, sin perjuicio por tanto de que la Corporación Insular a la que pertenecía le retribuyese, si fuere el caso, por su condición de Consejero Electo o por su condición de Consejero Delegado.

Ante el conocimiento de esta circunstancia, la Dirección General de la Función Pública instó, en el citado informe de 22 de agosto de 2022, al Servicio Canario de la Salud a que *regularizara* la situación administrativa del funcionario, mediante un acto, al que denominó de *modificación*, pero que como ha quedado patente en el expediente, finalmente se articuló mediante una *mera* rectificación de errores de hecho prevista en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

En efecto, la Dirección General de la Función, mediante Resolución de 4 de octubre de 2022 procede a la rectificación de errores, de su Resolución de 27 de abril de 2020, de forma que en el apartado de tipo de situación (ha de entenderse de servicios especiales) donde decía “Art. 87.1 F) RDL 5/15 y 42 L 2/87 FPC” debe decir “Art. 87.1 F) TEXTO REFUND. EBEP (RDL 5/15)”.

12. El Tribunal Supremo se ha venido manifestando reiteradamente acerca del alcance de la rectificación de errores de hecho, materiales o aritméticos.

Por todas, la Sentencia de 5 de febrero de 2009 de la Sala de Lo Contencioso Administrativo, pone de manifiesto que *el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible*,



manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse "prima facie" por su sola contemplación, por lo que para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se exige que concurren, en esencia, las siguientes circunstancias:

1) que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos,

2) que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en que se advierte,

3) que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables,

4) que no se proceda de oficio a la revisión de actos firmes y consentidos,

5) que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica),

6) que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión, y

7) que se aplique con un hondo criterio restrictivo.

13. Es evidente que cuando la Dirección General de la Función Pública toma conocimiento de un hecho cual es la pérdida de la condición de portavoz del funcionario en situación de servicios especiales, y que no se debe precisamente a que sea éste quien lo comunique a su Administración, sino un tercero, el hecho conocido que determina la nulidad del acto no se ha puesto de manifiesto de forma ostensible, manifiesta e indiscutible, no tratándose por tanto, como diría el Alto Tribunal, de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos.

No se trata de un error de hecho que se evidencie en el propio expediente, esto es, de la propia solicitud y documentación aportada por el funcionario, o lo que es lo mismo, que éste manifestara efectivamente su pérdida de la condición de portavoz, y la Administración hubiere incurrido en un error de hecho, al no apreciarlo.

En efecto, la Administración, informada del hecho, no evidencia la existencia de un error de hecho en su resolución administrativa, o lo que es lo mismo, no evidencia un error en los hechos puestos de manifiesto en el expediente, que de corregirse, mantengan la resolución en sus mismos términos, sino que antes al contrario, al tener conocimiento de hechos que inciden en el elemento causal de su acto administrativo, éste es de tal naturaleza jurídica que incide directamente en el elemento objetivo del propio acto, o lo que es lo mismo, de su contenido, de forma que si bien el funcionario tendría derecho a permanecer en la situación de servicios



especiales, por el contrario, dejó de reunir los requisitos esenciales para que le fuese de aplicación, la especial situación jurídica del artículo 42 de la Ley de la Función Pública Canaria.

En efecto, el conocimiento sobrevenido de una información no proporcionada, cual es la pérdida de la condición de portavoz, determina una alteración fundamental en el sentido del acto, que no puede subsistir, por cuanto mantuvo un derecho subjetivo de forma contraria a derecho, de manera que el acto administrativo que surge de tal situación es un acto nuevo, distinto del anterior, con un contenido jurídico claramente diferenciado.

14. La condición de portavoz, constituye un requisito esencial exigible al funcionario, que ha de cumplirla, para poder adquirir el derecho retributivo que le reconoce el artículo 42 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, y su pérdida, por renuncia, supone la exclusión automática de tal derecho, de forma que la Resolución de la Dirección General de la Función Pública, de 27 de abril de 2020, incurre en causa de nulidad absoluta, conforme prevé el artículo 47.1, letra f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dado que el interesado no reúne los requisitos esenciales para que en el contenido jurídico de su declaración de servicios especiales, resulte de aplicación lo previsto en el citado artículo 42 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, sin que además tal circunstancia, esto es, la pérdida de la condición de portavoz sea imputable a esta Administración, como tampoco lo es, su desconocimiento, pues se trata de una circunstancia personal, cuyo deber de comunicación, pesaba sobre el funcionario.

A este respecto, resulta relevante el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias número 117/2017, de 4 de abril, que se pronuncia sobre un supuesto muy similar y concluye que estamos ante un requisito esencial cuya ausencia determina la nulidad de pleno derecho del acto que reconoce el derecho.

Así, en el Fundamento III, apartado 4, el Consejo Consultivo señala:

“Efectivamente, para el caso que nos ocupa, el apartado 3, b) del citado artículo (el art. 42) 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 pues, la modificación operada en la Resolución de la Dirección General de la Función Pública de 27 de abril de 2021, mediante la rectificación de errores llevada a cabo el día 4 de octubre de 2022, no es una mera rectificación de un error, sino un cambio del sentido de su situación administrativa de servicios especiales, que resulta evidente por la sola lectura del acto, pues supone un cambio en el tipo de situación administrativa”.

15. Por esta razón, la Resolución de la Dirección General de la Función Pública, de 4 de octubre de 2022 incurre en un vicio determinante de su nulidad, previsto en el artículo 47.1, letra e), esto es, por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, pues tal y como se expuso anterior, la pretendida regularización de la vida administrativa del funcionario no pasaba por una mera rectificación de un error de hecho, material o aritmético, sino por una revisión de oficio parcial del acto nulo dictado en fecha 27 de abril de 2020, excluyendo la aplicación del artículo 42 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria.

16. En su consecuencia, la presente Orden es procedente en cuanto a iniciar el procedimiento de revisión de oficio de las Resoluciones de la Dirección General de la Función, de 27 de abril de 2020, en este caso parcial, y de 4 de octubre de 2022.

17. El artículo 110 de la citada Ley 39/2015, establece que las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

Sin embargo este precepto no resulta de aplicación en el presente procedimiento, porque el vicio determinante en que incurre el acto de 27 de abril de 2020 es consecuencia del incumplimiento por parte del funcionario de su deber de comunicar a su Administración de pertenencia una circunstancia determinante y esencial de su situación administrativa, más concretamente, del derecho retributivo que le reconoce la Ley, dada su condición de portavoz, de forma que el funcionario siguió acogándose a tal régimen retributivo, valiéndose de la circunstancia del desconocimiento por parte de la Administración de su cambio de situación jurídica.

La aplicación entonces del citado artículo 110, sería contraria a derecho, por un lado, porque ha existido una ruptura, por parte del interesado, del principio de buena fe, y por otro lado, porque la protección del derecho de los particulares se produciría entonces en ocasión de la lesión del interés público que subyace en el régimen jurídico del personal funcionario, dado que como se ha dicho, la pérdida de tal condición de portavoz, sólo le permitía acogerse al régimen *ordinario* de servicios especiales previsto en la Ley de la Función Pública Canaria.

18. Finalmente, tal y como ha quedado acreditado en el expediente, el funcionario continuó percibiendo sus haberes del Servicio Canario de la Salud, a continuación del día 13 de diciembre de 2019 en la que perdió definitivamente su condición de portavoz hasta el momento



de su jubilación, por lo que los actos nulos de pleno derecho que mediante esta Orden se someten a revisión de oficio, surtieron los efectos jurídicos contrarios a derecho que se ha expuesto.

Cuarta. Solicitud de informe preceptivo al Servicio Jurídico.

De conformidad con lo establecido en el artículo 20 e) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, se recoge que es preceptivo solicitar informe en el supuesto de la revisión de oficio de actos administrativos.

Quinta. Solicitud de dictamen al Consejo Consultivo de Canarias.

De conformidad con el, exigen el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en nuestro caso el Consejo Consultivo de Canarias, que en el artículo 11.1.D) b) de su Ley 5/2002, de 3 de junio, establece como preceptivo el dictamen de revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativos, y recursos de revisión.

En virtud de lo anteriormente expuesto, visto el informe del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias y el dictamen favorable emitido por el Consejo Consultivo de Canarias, en el ejercicio de las funciones legal y reglamentariamente atribuidas, la Consejera de Presidencia, Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad,

RESUELVE

Primero. Declarar la nulidad de la Resolución dictada por la Dirección General de la Función Pública, de 27 de abril de 2020, en cuanto a la declaración de aplicación el artículo 42 de la Ley de la Función Pública Canaria a la situación administrativa de servicios especiales de don José Manuel Sosa Rodríguez, con DNI número 42.013.551 A, funcionario de carrera del Cuerpo Superior Facultativo, Escala Titulados Sanitarios, Especialidad Médico de Medicina Asistencial, con efectos desde el día 30 de diciembre de 2019, así como de la Resolución de la Dirección General de la Función Pública, de 4 de octubre de 2022, por la que se procedió a la rectificación de errores de la citada Resolución.

Segundo. Notificar la presente Resolución al interesado, don Juan Manuel Sosa Rodríguez, a los efectos de su conocimiento; y a la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud, así como al Cabildo Insular de Lanzarote, a los efectos que se proceda en cuanto a la regularización de haberes percibidos, en aplicación de la no procedencia del artículo 42 de la Ley de la Función Pública Canaria.



Contra la presente Orden departamental, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, en el plazo de dos meses contados a partir del día siguiente a su notificación, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife o ante el Juzgado en cuya circunscripción tuviera el demandante su domicilio; o bien, a criterio del interesado interponer en vía administrativa recurso potestativo de reposición ante este órgano, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a que haya tenido lugar su notificación en los términos previstos en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

En Santa Cruz de Tenerife

**LA CONSEJERA DE PRESIDENCIA, ADMINISTRACIONES PÚBLICAS,
JUSTICIA Y SEGURIDAD
Nieves Lady Barreto Hernández**