



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 28 de julio de 2006.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia y Justicia en relación con la *revisión de oficio de la Resolución nº 653 de la Dirección General de la Función Pública, de fecha 18 de julio de 2003, por la que el funcionario A.T.D. adquirió el derecho de percepción económica (EXP. 286/2006 RO)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia y Justicia, es la Propuesta de Resolución (PR) de un procedimiento de revisión de oficio tramitado en relación con la Resolución nº 653 de la Dirección General de la Función Pública, de 18 de julio de 2003, por la que se le reconoce a A.T.D. el derecho a percibir, desde su reincorporación al servicio activo, y mientras se mantenga en esta situación, el complemento de destino correspondiente a su grado personal, incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al complemento de destino que la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma fije anualmente para los Directores Generales de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias.

2. La legitimación del Consejero para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo, 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).

---

\* PONENTE: Sr. Lazcano Acedo.

3. La declaración de nulidad contenida en la Propuesta de Resolución se fundamenta en el art. 62.1.f) de la Ley 30/1992 LRJAP-PAC, al considerar la Administración actuante que se trata de un acto contrario al Ordenamiento Jurídico, por haberse adquirido derechos careciendo el interesado de los requisitos esenciales para su adquisición.

No obstante, se suprime a este fin la causa de nulidad contemplada en la letra b) del mismo precepto legal, acto dictado por órgano manifiestamente incompetente, que figuraba en la Orden de inicio del procedimiento revisor, como se advierte en la propia PR, visto el Informe del Servicio Jurídico al respecto y, en conexión con ello, las alegaciones del propio interesado en el trámite de audiencia al oponerse a la declaración de nulidad propuesta.

En este sentido, se considera procedente la indicada supresión de la causa de nulidad de acto dictado por órgano manifiestamente incompetente, prevista en el art. 62,1, b) LRJAP-PAC, habida cuenta, no sólo de que, según, en definitiva, argumentan tanto el Servicio Jurídico como el afectado, en este supuesto la eventual incompetencia de la Dirección General de la Función Pública no tendría el carácter requerido a fin de fundar la nulidad del acto presunto sometido a revisión, según confirma Jurisprudencia al respecto, sino que, por demás, tal incompetencia es cuestionable a la vista de la regulación aplicable en la materia, particularmente referida a las funciones de dicha Dirección General de la Función Pública y las facultades de las Secretarías Generales Técnicas de la Administración autonómica.

En todo caso, lo cierto es que la resolución de la que se trata procede de la citada Dirección General, de modo que, desde luego, compete al Consejero actuante iniciar y resolver este procedimiento revisor.

## II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento son los siguientes:

- A.T.D. es funcionario de carrera de la Escala de Inspectores Médicos del Cuerpo Sanitario de la Administración de la Seguridad Social, desde el día 12 de enero de 1987.

- Como consecuencia del traspaso del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, efectuado en virtud del Real Decreto 446/1994, de 11 de marzo, A.T.D. fue traspasado a la Comunidad Autónoma, figurando en el Anexo de la Orden de 29 de noviembre de 2000, de la Consejería de Presidencia por la que se aprueba la relación definitiva de funcionarios integrados en el Cuerpo Superior Facultativo, Escala de Inspectores Médicos (Grupo A), de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias.

- A.T.D. fue nombrado por Decreto 127/2000, de 26 de junio, Presidente del Instituto Canario de Hemodonación y Hemoterapia, con rango de Director General, según establece el art. 6 de la Ley 11/1986, de 11 de diciembre, de creación y regulación del Instituto Canario de Hemodonación y Hemoterapia, quedando en situación de servicios especiales. Este cargo lo desempeñó desde el 30 de junio de 2000 hasta el 21 de noviembre de 2001, fecha en la que se publicó el cese del mismo, por Decreto 197/2001, de 19 de noviembre.

- Asimismo, por Decreto 202/2001, de 19 de noviembre, es nombrado Director del Servicio Canario de la Salud, con rango de Viceconsejero, según se establece en el art. 59 de la Ley Territorial 11/1994, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, cargo que desempeñó desde el 22 de noviembre de 2001, hasta que por Decreto 118/2003, de 14 de julio, fue cesado de dicho puesto.

- En aplicación de lo previsto en el art. 25.3 de la Ley 10/1992, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el año 1993, desarrollado por el Decreto 196/1994, de 30 de diciembre, sobre adquisición y reconocimiento del grado personal, al interesado le fue reconocido el grado personal 30 (máximo correspondiente al Grupo A), por Resolución de la Directora General de Recursos Humanos, de 30 de julio de 2002.

- A.T.D. solicitó, mediante escrito de 11 de julio de 2003, que se le reconociera "el derecho de Complemento de Destino de Director General de la Administración del Estado, con efecto 30 de junio de 2002, en aplicación del art. 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991", con fundamento en que venía desempeñando ininterrumpidamente durante más de dos años puestos en la Administración, de los comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades de Altos Cargos y de la

Ley 3/1997, de 8 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

- Por Resolución nº 653, de la Dirección General de la Función Pública, de 18 de julio de 2003, se reconoce al funcionario A.T.D. el derecho a percibir a partir de su reincorporación al servicio activo, y mientras se mantenga en esta situación, el complemento de destino correspondiente a su grado personal, incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino, que la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma fije anualmente para los Directores Generales de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias.

2. Por Orden nº 198, del Consejero de Presidencia y Justicia, de 6 de junio de 2006, se inició el procedimiento de revisión de oficio del acto por el que el interesado obtuvo el derecho a la percepción económica, a la que antes se hizo referencia, pretendiéndose su declaración de nulidad al considerársele, entonces, incurso en las causas establecidas en el art. 62.1, apartados b) y f) Ley 30/1992, LRJAP-PAC. Esto es, "por no tener expresamente atribuida esa competencia la Dirección General de la Función Pública ni ningún órgano de la Administración Pública Canaria", y "por adquirir A.T.D. un derecho económico careciendo del requisito esencial de ser funcionario de la Administración del Estado, ni haber desempeñado puestos en la Administración del Estado o de la Seguridad Social, comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre", aunque, como se dijo y por las razones, asimismo expresadas en la PR, del procedimiento sólo se mantiene la incidencia de la causa del apartado f) antedicho.

3. Evacuado el preceptivo trámite de audiencia, el interesado formuló alegaciones el 23 de junio de 2006, por las que se opone a la revisión que nos ocupa. Se alega, por aquél, que considera equiparada a nivel legal la situación de los funcionarios transferidos a la de los funcionarios en servicio activo en la Administración del Estado. Además, aduce la improcedencia de los vicios de nulidad por no concurrir las causas de nulidad previstas en los apartados b) y f) del art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, relativas a incompetencia manifiesta del órgano Administrativo y a la adquisición de derechos mediante actos contrarios al ordenamiento jurídico al carecer de los requisitos esenciales para su adquisición.

4. El 5 de julio de 2006 la Dirección General del Servicio Jurídico emite Informe en el que, por una parte, confirma que el acto presunto incurre en nulidad de pleno derecho por ser contrario al ordenamiento jurídico, por adquirir facultades o

derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para ello, pues A.T.D., en su condición de funcionario transferido de la Administración del Estado, tiene los mismos derechos que los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Canarias en la que se integra. Asimismo, el Informe Jurídico manifiesta la necesidad de dar nueva audiencia al interesado antes de redactar la Propuesta de Resolución, y añade que es posible suspender el plazo máximo según el art. 42.5 c) de la Ley 30/1992, cuando deban solicitarse informes, que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, a órganos de la misma o distinta Administración, por lo que señala que, una vez se dicte la Propuesta de Resolución, debe remitirse el expediente al Consejo Consultivo, suspendiendo los plazos si fuera necesario.

5. Por escrito de 7 de julio de 2006, recibido por el interesado el 10 de julio de 2006, se concede un nuevo plazo de diez días hábiles para que A.T.D. alegue cuanto estime conveniente. Sin embargo, el Informe Jurídico no se produce en fase de instrucción, sino habiéndose realizado ya la PR; por esta razón, no ha de conocerlo el interesado en el trámite de vista y audiencia, ni, por ende, ha de acordarse aquél para que alegue al respecto.

En todo caso, concedido trámite de audiencia sin alteración de los plazos legales para resolver, el interesado, por escrito de 12 de julio de 2006, viene a señalar que "no habiéndose introducido ningún elemento nuevo que desvirtúe las consideraciones jurídicas y fácticas ya examinadas anteriormente, quien suscribe da, en este acto, por reproducidas las alegaciones ya formuladas en escrito de 22 de junio de 2006, obrante en el expediente".

De todas formas, es de advertir, en cuanto a la posible suspensión del procedimiento de revisión de oficio, que es aplicable al art. 102.5 Ley 30/1992, de modo que, vista la forma de inicio, el procedimiento caducará a los tres meses de no haberse dictado su resolución; es decir, siendo el inicio el 6 de junio de 2006, se producirá la caducidad ex-lege el 6 de septiembre de 2006 de no resolverse hasta esa fecha, inexorablemente.

En efecto, como ha expuesto reiterada y razonadamente este Organismo, dicho plazo de caducidad no puede suspenderse, y menos aún por la Administración obligada a cumplirlo. La cual, por demás, tiene tiempo para resolver dentro de aquél; máxime al iniciar de oficio el procedimiento, con lo que supone de sumariedad de este procedimiento, con limitación de trámites a realizar.

6. Finalmente, con fecha 18 de julio de 2006, la Dirección General de la Función Pública formuló Propuesta de Resolución de declaración de nulidad de la Resolución nº 653 de la Directora General de La Función Pública de 18 de julio de 2003, por la que se reconoció a A.T.D. el derecho a la percepción económica, citada anteriormente.

### III

1. Pues bien, y según se apuntó, la PR fundamenta la nulidad del acto, por el que se reconoció al interesado el derecho a la mencionada percepción económica, en el art. 62.1.f) Ley 30/1992 LRJAP-PAC. En síntesis, se está ante la ausencia de requisitos esenciales porque lo que se ha reconocido excede de lo contemplado en el ámbito de la Administración Pública Canaria y de sus funcionarios; es decir, del Ordenamiento Jurídico vigente de aplicación a estos últimos, no existiendo norma jurídica autonómica que lo ampare y que permita acoger este reconocimiento.

El art. 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, precepto sobre el que se desarrolla el debate en este asunto, argumentando el interesado que procede su aplicación al mismo, y fundando en él su solicitud inicial de reconocimiento económico, y que rechaza la Administración en base a los argumentos, que se contienen en la PR y sobre los que se volverá, dispone:

“Los funcionarios de carrera que, durante más de dos años continuados o tres con interrupción, desempeñen o hayan desempeñado a partir del 5 de julio de 1977, puestos en la Administración del Estado o de la Seguridad Social, comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre Incompatibilidades de Altos Cargos, exceptuados los puestos de Gabinete con categoría inferior a Director General, percibirán desde su reincorporación al servicio activo y mientras se mantengan en esta situación, el complemento de destino correspondiente a su grado personal, incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino que la Ley de Presupuestos del Estado fije anualmente para los Directores Generales de la Administración del Estado”.

Este precepto ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en Sentencias de 24 de septiembre de 1994 (RJ 1994/6920) y 24 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8390).

Concretamente la sentencia de 24 de septiembre de 1994, del Tribunal Supremo, desestima los recursos entablados contra la sentencia de 13 de febrero de 1992, de la

Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, *"por la que se declaró el derecho del entonces demandante, Sr. M.A., funcionario de carrera de la Administración del Estado transferido a la función pública de dicha Comunidad Autónoma, a percibir la diferencia de complemento de destino señalado en el art. 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre de Presupuestos generales del Estado para 1.991"*. Como puede verse se está ante un caso similar al presente, es decir, un funcionario de carrera de la Administración del Estado transferido a la función pública de la Comunidad Autónoma de Baleares, al que judicialmente se le declara el derecho a percibir la diferencia de complemento de destino señalado en el repetido art. 33.2 de la Ley 31/1990.

Por otra parte, además, el art. 12 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), artículo que, conforme al art. 1.3 de la misma Ley, tiene carácter básico, establece en su apartado segundo que "Los funcionarios transferidos son funcionarios en situación administrativa de servicio activo en la Función Pública de la Comunidad Autónoma en la que se integran. En sus Cuerpos y Escalas de origen, permanecen en una situación administrativa especial de servicios en Comunidades Autónomas, que les permite mantener respecto de ellos todos sus derechos como si se hallaran en servicio activo, de acuerdo con lo establecido en los respectivos Estatutos de Autonomía".

A la vista de lo anterior, se estima que procede la aplicación de lo dispuesto en el art. 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 1991, a funcionarios del Estado transferidos a la Comunidad Autónoma, cuando hayan desempeñado Altos Cargos, a que se refiere la citada Ley. Y es que, gozan de la condición subjetiva, requisito que constituye presupuesto de aplicación del art. 33.2 de la Ley 31/1990, de ser funcionarios del Estado, tanto los que están en activo desarrollando sus funciones en la Administración del Estado, como los transferidos a las Comunidades Autónomas, que se consideran como si estuvieran en activo en la Administración del Estado, conservando todos sus derechos como funcionarios de la misma. Por esta razón, no procede la discusión acerca de la eventual aplicación supletoria y carácter básico o no del artículo al que venimos refiriéndonos, pues, en el presente caso su aplicación es directa por estar el interesado en el ámbito propio de su aplicación subjetiva, lo que no ocurriría tratándose de un funcionario de la Comunidad Autónoma.

2. Procede, por todo ello, dictaminar desfavorablemente la PR del procedimiento de revisión del acto administrativo de que se trata, al amparo de la causa de nulidad del apartado f) del art. 62.1 Ley 30/1992 por las razones expresadas en el presente Dictamen.

## C O N C L U S I Ó N

No procede la declaración de nulidad del acto administrativo del que se trata al no concurrir la causa en que se sostiene.