



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 0 5 / 2 0 0 6

(Sección 1ª)

La Laguna, a 22 de septiembre de 2006.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia y Justicia en relación con la *revisión de oficio del acto presunto positivo reconocido en el fundamento tercero del Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de fecha de 11 de mayo de 2006, por la que la funcionaria M.J.V.B., adquirió derecho de percepción económica (EXP. 317/2006 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 el acto presunto positivo reconocido en el fundamento tercero del Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de fecha 11 de mayo de 2006, por el que se le reconoce a M.V.B. el derecho a percibir 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) 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.

II

Antecedentes

1. El 1 de septiembre de 2004 la interesada solicitó, al Director General de la Función Pública, la formalización del derecho al complemento de destino de Director General de la Administración General del Estado en aplicación del art. 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado.

El 31 de marzo de 2005, cuando ya había transcurrido el plazo para dictar Resolución relativa a la solicitud de la interesada, se dictó una Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía Y Hacienda por la que se desestimó su solicitud.

2. El 21 de marzo de 2005 la interesada solicitó extensión de efectos de la Sentencia dictada por la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha de 31 de octubre de 2005 a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía y Hacienda, realizando esta misma solicitud al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, quien dicta un Auto de 11 de mayo de 2006 por el que se reconoce la extensión de los efectos de la Sentencia dictada en el procedimiento abreviado nº 532/2004, tramitado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (JUR 2006 39940).

3. El 29 de junio de 2006, por Orden 269 del Consejero de Presidencia y Justicia, se inició el procedimiento de revisión de oficio del acto presunto positivo reconocido por el auto citado anteriormente.

El 11 de julio de 2006 la interesada presentó un escrito de alegaciones.

El 31 de julio de 2006 se emitió un Informe Jurídico de la Dirección General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias favorable a la revisión de oficio del acto presunto positivo. Este mismo día se le concedió a la interesada un nuevo plazo para

presentar las alegaciones que estimara oportuno, presentando un escrito de alegaciones el 14 de agosto de 2006.

4. El 31 de agosto de 2006 se formuló una Propuesta de Resolución (PR) de la Dirección General de la Función Pública de declaración de oficio de la nulidad del acto presunto positivo mediante el cual la interesada adquirió el derecho a la percepción económica ya referida, en la que se contestan puntualmente todas las alegaciones efectuadas por la interesada.

III

1. Según se apuntó, la PR fundamenta la nulidad del acto presunto por el que se reconoció a la interesada el derecho a cierta percepción económica en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, porque ésta no es una funcionaria de la Administración General del Estado que haya sido transferida a la Comunidad Autónoma de Canarias en situación de servicios especiales en las Comunidades Autónomas, y que tenga derecho en base al art. 12 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, a mantener todos sus derechos como si se hallara en servicio activo, sino que se trata de una funcionaria en situación de excedencia voluntaria por encontrarse "en situación de servicio activo en otro Cuerpo o Escala de cualquiera de las Administraciones Públicas" [art. 29.3.a) Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y art. 15.1 y 3 del Reglamento de Situaciones Administrativas (RSA)].

La interesada ingresó en la Comunidad Autónoma de Canarias por Oposición libre como funcionaria del Cuerpo Superior de Administradores, Escala de Administradores Financieros y Tributarios. El cambio de situación administrativa, la excedencia voluntaria citada, se produce el 27 de julio de 1990.

2. Si la interesada hubiera sido transferida a esta Comunidad Autónoma, encontrándose en situación especial de servicio en Comunidades Autónomas (art. 10.1 RSA), le sería aplicable sin duda lo dispuesto en el art. 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, siendo este artículo considerado por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia sólo como norma básica "en consideración a lo que respecto al grado personal establece el art. 1.3 en relación con el art. 21, ambos de la Ley 30/1984 (...)" (Ar. RJ 1997 8390). El art. 12 de la Ley 30/1984 establece "1. Los funcionarios transferidos a las Comunidades

Autónomas se integran plenamente en la organización de la Función Pública de las mismas. Las Comunidades al proceder a esta integración de los funcionarios transferidos como funcionarios propios respetaran el Grupo, Cuerpo o Escala de procedencia, así como los derechos económicos inherentes al grado personal que tuvieran reconocido”.

3. Ahora bien, tal y como se justifica documentalmente, la interesada se encuentra en la situación administrativa de excedencia voluntaria por “servicio activo en otro cuerpo o escala” (folio 97) de la Comunidad Autónoma, desde el 27 de julio de 1990, al que accedió por oposición libre.

En el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por el Real Decreto 365/1995, de 10 de mayo, se establece en el art. 19, referido a los efectos de la excedencia voluntaria que “Las distintas modalidades de excedencia voluntaria no producen, en ningún caso, reserva de puesto de trabajo y los funcionarios que se encuentren en las mismas no devengarán retribuciones, salvo lo previsto en el apartado 5 del artículo anterior” (excedencia voluntaria incentivada).

El art. 15.3 RSA determina que los funcionarios podrán permanecer en la situación de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público en tanto se mantenga la relación de servicios que dio origen a la misma. Una vez producido el cese en ella deberán solicitar el reingreso al servicio activo.

4. Para que sea aplicable al caso el supuesto de nulidad radical contemplado en el art. 62.1 f) LRJAP-PAC, ha de considerarse que el Acto presunto revisado o sometido a revisión que atribuye el derecho en juego es contrario al Ordenamiento Jurídico y que la funcionaria tiene este derecho careciendo de alguno de los requisitos esenciales para ello, carencia que supone esa vulneración jurídica. Dichos requisitos, todos ellos recogidos en el art. 33.2 Ley 31/1990, son la condición de funcionaria del Estado, la ocupación cierto tiempo de un puesto de Alto Cargo, que comporta el pase temporal, en cuanto dure aquélla, a servicios especiales y estar reincorporada en la situación de servicio activo.

5. Se aduce en la PR que, teniendo los requisitos primero y segundo, no tiene el tercero, al no estar en servicio activo en la Administración estatal o en situación asimilada, en la línea antes expuesta. A mayor abundamiento, su situación en dicha Administración es de excedencia voluntaria, en la que no tiene derechos retributivos.

Ahora bien, esta argumentación se considera incorrecta. Así, estándose de acuerdo en que la funcionaria afectada, por supuesto, cumple los dos primeros requisitos esenciales, sin embargo asimismo cumple el tercero, de ser tal y, además, realmente esencial, con el efecto correspondiente. Y ello, tanto a la luz del tenor literal del precepto legal aplicable, como de la jurisprudencia al respecto producida por el Tribunal Supremo (TS) y otros órganos judiciales, especialmente en las Sentencias del primero de 24 de septiembre de 1994 y de 24 de noviembre de 1997 y en recientes Dictámenes de este Organismo en la materia.

6. Ante todo conviene recordar que, según el TS, el precepto indicado no es básico en todas sus previsiones, pero sí lo es, vinculando a todas las Administraciones Públicas, la estatal y la autonómica en este caso, en lo concerniente al grado reconocido en él y el complemento correspondiente. Por eso, este derecho retributivo, plasmado en la forma antedicha, sólo pueden tenerlo los funcionarios del Estado, y no los autonómicos aunque ocupen Altos Cargos en el Estado o en la CAC el tiempo requerido, sin obligar a la Administración autonómica a otorgárselo a sus funcionarios, pero ha de hacerlo respecto a los estatales que presten servicios en ella y hubiesen ocupado esos Altos Cargos, sin importar que éstos sean estatales o autonómicos.

Por otra parte, el precepto aplicable no se refiere más que a la condición de funcionario estatal, como primer requisito, añadiendo exactamente que los interesados percibirán, ex lege, la retribución en cuestión desde su reincorporación al servicio activo, pero no a cualquier otra situación, y no menciona donde se efectúa aquélla, seguramente porque no puede ser más que en la Administración autonómica cuando se ha estado antes en esa misma situación de activo en ella, debiendo pasar a la de servicios especiales en la misma al ocupar un Alto Cargo y continuar así hasta su cese y subsiguiente reincorporación o reingreso (arts. 7.1 y 9 RSA).

7. Dicho de otro modo, este derecho lo tiene todo funcionario estatal que, tras estar en situación de servicios especiales por ser Alto Cargo el tiempo requerido, en el Estado o en la CAC, retorna al servicio activo, en el Estado teniéndolo frente a la Administración estatal, o en la CAC teniéndolo frente a la Administración autonómica; sin importar en este caso y a este fin cual sea o siga siendo su situación en el Estado, de servicios especiales en la CAC o de excedencia voluntaria por prestación de servicios en la misma.

8. En esta línea, la excedencia voluntaria tan solo produce el efecto de que la funcionaria no devenga retribuciones frente a la Administración del Estado, exclusivamente, pero no frente a la Administración autonómica. Así, en ésta y al estar en activo devenga las retribuciones que le correspondan por el puesto que ocupa y cualquier otro derecho retributivo que una norma le reconozca como funcionario, aquí estatal, máxime siendo básica en este punto, en cuanto tenga esa condición.

Finalmente, puede apuntarse que, en puridad, la situación de activo, en el Estado o en la CAC, no es un requisito para *adquirir* el derecho de referencia, sería un requisito necesario o más exactamente, condición a cumplir para *hacerse efectivo* el derecho (adquisición del derecho vs. ejercicio del mismo).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es contraria a Derecho, no siendo procedente la declaración de nulidad del acto administrativo presunto al no incurrir en la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC.