



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 335/2007

(Sección 1ª)

La Laguna, a 25 de julio de 2007.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia y Justicia en relación con la *Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio por la que se propone la declaración de nulidad del acto presunto, de efecto estimatorio, mediante el cual J.M.P.M. adquirió derecho de retribución económica (EXP. 303/2007 RO)\**.

## FUNDAMENTOS

### I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia y Justicia, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio tramitado en relación con el acto presunto cuya declaración de nulidad se propone.

Así, por efecto del silencio positivo reconocido en certificado de 15 de mayo de 2007, expedido por el Director General de la Función Pública de la Administración de la Comunidad Autónoma, el funcionario J.M.P.M., solicitante mediante escrito de 24 de marzo de 2004 del reconocimiento del derecho al 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 Generales de la Comunidad fija anualmente para los Directores Generales de la Administración de aquella, adquirió tal derecho con efecto de 28 de abril de 2002.

El interesado adujo al efecto la aplicabilidad del art. 33.2 de la Ley 30/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, que regula este concepto retributivo y su cuantía. Y, justamente, al no resolverse expresamente su solicitud, requirió el 16 de abril de 2007 la certificación del correspondiente acto presunto, de efecto

---

\* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

estimatorio, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 42.3 y 43 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

La declaración de nulidad propuesta se fundamenta en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, al considerar la Administración actuante que se está en presencia de un acto contrario al Ordenamiento jurídico por el que se ha adquirido un derecho, aquí de carácter retributivo y del tenor antes expuesto, careciendo el interesado de los requisitos esenciales para su adquisición previstos en la normativa aplicable.

La legitimación del Consejero solicitante para recabar el Dictamen, la preceptividad de la solicitud 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 primero de estos preceptos con el art. 102.1 LRJAP-PAC.

## II<sup>1</sup>

## III

1. Pues bien, desde luego ha de tenerse en cuenta, en lo que al fondo del asunto se refiere, la doctrina de este Organismo sentada en los ya mencionados Dictámenes 214/2006 y 268/2006 pues, en efecto, se emiten en supuestos incluíbles en la materia que nos ocupa y, más concretamente, se pronuncian sobre la aplicabilidad a ciertos funcionarios del art. 33.2 de la Ley estatal 31/1990 y, por tanto, sobre el derecho o no de los interesados de ver reconocido por la Administración autonómica el derecho retributivo por este precepto previsto, si bien es cierto que el primero citado sea de atención preferente no solo por emitirse primeramente, sino por concernir a un caso idéntico, en particular subjetivamente, al ahora planteado.

Y ello, con independencia de que, como en realidad ya se ha hecho anteriormente al comentarse el inicio del procedimiento o el Informe del Servicio Jurídico, pueden añadirse las observaciones técnicas que se entiendan pertinentes en este concreto caso, en especial sobre el contenido de la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen.

En este sentido, siendo como se dijo correcto que no se atendiera totalmente en la Propuesta de Resolución a lo sostenido por el Servicio Jurídico, sin embargo sería pertinente, por obvias razones, incluir en sus Antecedentes la mención al modo en

---

<sup>1</sup> Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

que se inició este asunto, como correctamente se hace en la Orden 189/2007, de inicio del procedimiento revisor.

Asimismo, procedería excluir del Resuelvo la expresión “consiguiente revisión de oficio del acto presunto positivo”. Así, lo “positivo” es más bien el silencio administrativo ante la solicitud del interesado, al no resolverse ésta en el plazo legalmente fijado, de modo que aquél puede entender estimada dicha solicitud como efecto del mismo, así calificable por este motivo. Por eso, es tal estimación la que tiene la consideración del acto administrativo, no llamado presunto por el Legislador por cierto (art. 43.3 y 5 LRJAP-PAC), finalizado del procedimiento. En todo caso, no procede declarar la revisión del acto como algo consiguiente o subsiguiente a declararse su nulidad, pues de ésta no se sigue aquélla, sino justamente lo contrario. Esto es, la revisión existe propiamente o en puridad desde que se inicia el procedimiento, ejerciéndose esta facultad, siendo su objetivo o propósito, precisamente, acordar la nulidad del acto afectado.

Por otra parte, aún estando contemplada imperativamente la declaración de nulidad por la Administración de los actos administrativos, incluidos ciertamente los “presuntos”, en los casos previstos en el art. 62.1 LRJAP-PAC, según el art. 102.1 de ésta, ha de tenerse presente que tal imperatividad sólo será efectiva previo Dictamen favorable de este Organismo, produciéndose la declaración cuando acreditadamente proceda y, más específicamente, cuando aquél así lo considere, obstando a hacerlo de lo contrario aunque la Administración estime otra cosa. Es más, la facultad revisora, *ab initio* o en su resultado final, no podrá ser ejercida, debiéndose razonar esta imposibilidad en la correspondiente Resolución, en los supuestos y condiciones previstas en el art. 106 LRJAP-PAC con similar imperatividad, debiéndose también pronunciar este Organismo al respecto previamente.

2. En todo caso, es pertinente analizar, en primer lugar, la adecuación de las alegaciones del interesado sobre la ausencia documental que aduce y la sostenida inadecuación del certificado del acto presunto solicitado en su momento, con sus eventuales consecuencias sobre el procedimiento revisor tramitado y, por ende, sobre la adecuación, siquiera sea formal, de su Propuesta resolutoria.

Pues bien, aparte de que estas alegaciones son debidamente contestadas por el instructor en su Propuesta de Resolución, tanto la inicial como la definitiva, procede convenir que, en efecto, no deben ser atendidas, especialmente en relación con la adecuación procedimental de la revisión producida, sin causarse en su tramitación

indefensión al interesado, ni obstáculo para la producción de la Propuesta resolutoria.

Así, en cuanto a la supuesta omisión de la Orden de inicio del procedimiento o del Informe del Servicio Jurídico, ha de advertirse que éste no ha de ser conocido por el interesado, particularmente en el trámite de audiencia, pues se ha de recabar después de éste al ser su objeto la Propuesta de Resolución del procedimiento, junto con el resto del expediente, la cual se ha de producir, justamente, acabado el antedicho trámite (art. 84 LRJAP-PAC y preceptos concordantes del Reglamento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias).

Desde luego, el interesado, en orden a su derecho de defensa, conoce los trámites realizados y documentos emitidos en el procedimiento que efectivamente le afectan, en particular la Orden de inicio, que establece el objeto y la causa de la revisión y la consiguiente pretensión de la Administración actuante. Así, ha conocido el contenido del documento en cuestión, de modo que si bien no se le facilita la firmada Orden del Consejero al respecto, si se le entrega y recibe una copia idéntica de la misma, indicándosele el número y fecha de aquélla en la notificación, con la que se cumple, justamente, el apartado 2 de su Resuelvo. En definitiva, el interesado puede defender sus derechos y oponerse razonadamente a las pretensiones de la Administración, como en realidad efectivamente ha hecho; máxime al disponer del entero expediente al respecto.

Por lo que a la acusación de invalidez del certificado de referencia hace, ha de admitirse, ante todo, que su existencia o no para nada afecta a la del acto presunto producido. Así, siendo sin duda técnicamente un medio de acreditación de este acto, lo cierto es que, aun facilitando desde luego por ello la prueba de su existencia, ésta no se produce por la emisión del certificado porque el acto presunto, o la estimación de la solicitud con esta consideración, existe desde que hay silencio administrativo, aquí "positivo"; es decir, desde que la Administración no responde a la solicitud del interesado expresamente en el plazo debido.

Y, obviamente, en este supuesto es claro que tal acto existe sin necesidad de ser acreditado por el certificado emitido, como reconoce la Administración y no puede negar el interesado, produciendo sus efectos sin más, en especial aquel decisivo que admite aquélla; razón por la que, considerándolo improcedente por ser nulo dicho Acto, inicia el procedimiento revisor de éste.

En todo caso, si bien es cierto que no es correcto hacer referencia a un posible recurso, contencioso o no, contra este acto, al haber ganado firmeza, como se dijo,

ello no es relevante en lo que aquí importa. Además, tiene razón la Administración cuando afirma que es la Dirección General de la Función Pública el órgano competente para emitir el certificado, no siéndolo un Jefe de Servicio, pues es claro que se trata de una actuación diferente a las certificaciones que ha de producir tal Jefe, en cuanto relacionada explícitamente con el fin probatorio previsto en el art. 43.5 LRJAP-PAC y en conexión, precisamente, con un reconocimiento que se le solicita a este órgano y que, en efecto, es quien ha de decidir al respecto.

3. Entrando, por fin, en el análisis de la adecuación o no de la Propuesta de Resolución en cuanto a la declaración de nulidad pretendida y, por lo tanto, que el acto sometido a revisión incurre en la causa de nulidad esgrimida por los órganos actuantes de la Administración, se reitera la pertinencia de la remisión a los Dictámenes antes referidos de este Organismo, en especial, dadas las circunstancias, al Fundamento IV del Dictamen 214/2006.

En este sentido, es pertinente advertir que la lectura que hace el interesado de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1997 es parcial e inadecuada técnicamente, máxime relacionándola con otros pronunciamientos judiciales con incidencia en esta cuestión, tanto del Tribunal Constitucional, como del propio Tribunal Supremo y aun del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, siguiendo las decisiones de estos Altos Tribunales. Así, de la Sentencia citada y de la de 24 de septiembre de 1994 del mismo Tribunal Supremo, es necesario insistir que debe seguirse la inaplicabilidad del art. 33.2 de la Ley estatal 31/1990 a los funcionarios autonómicos, concretamente de la Comunidad Autónoma e integrados en Cuerpos funcionariales de su Administración, así como que tal precepto pueda ser aplicable en un ámbito ajeno a la Administración del Estado y, por tanto, que pueda serlo a la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias o a la Administración Local.

En efecto, en una línea argumental que este Organismo recuerda que comparte al considerarla técnica y normativamente correcta, aplicando las técnicas interpretativas legalmente reconocidas de modo adecuado y visto el contenido y previsiones de la Ley 31/1990, incluido naturalmente su art. 33.2, la STS de 24 de septiembre de 1994 advierte que, a diferencia de su art. 18.2.b) de esta Ley, que se refiere a las Administraciones autonómicas y tiene una pretensión ordenadora de todas ellas a los fines allí contemplados, los restantes preceptos de carácter retributivo de ella, también el del art. 33.2, *afectan al personal estatal*, regulando

en particular el régimen retributivo de los funcionarios de carrera del Estado y sus Organismos Autónomos.

Por eso, no sólo no se está ordenando ese régimen para todos los funcionarios, en general, sino que, en consecuencia, no cabe sostener que el específico art. 33 citada no distingue, a los fines del reconocimiento del concepto retributivo que previene, entre funcionarios de una u otra Administración pública, englobando los autonómicos o los locales, pues esa distinción existe y tal derecho sólo lo establece respecto a los estatales.

Tesis que no ha sido contradicha o siquiera matizada para corregirla en decisiones posteriores del Tribunal Supremo, como la Sentencia del 24 de noviembre de 1997, que más bien la toman como presupuesto del que partir para adoptar, de modo esencialmente idéntico, ulteriores pronunciamientos en la materia o en asuntos similares.

Por otro lado, el Tribunal Supremo también ha mantenido en jurisprudencia constante que el precepto legal considerado no es normativa estatal básica en materia de Función Pública y, más concretamente, respecto a la cuantía del complemento de destino que establece, particularmente en relación con los arts. 23 y 24 de la Ley 30/1984; preceptos que son bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos según el art. 1.3 de esta Ley, pero sin incluir tal cuantía en esta consideración. Lo contrario, justamente, que el precepto del art. 21 de aquélla, de acuerdo con el cual el grado personal se adquiere por el desempeño de uno o más puestos de nivel correspondiente durante dos años continuados o tres con interrupción, siendo esta previsión concordante y, desde luego, compatible con la regulación que se comenta.

4. En esta línea, preciso es también volver a señalar que, como dicen tanto la Administración, como el propio interesado, aunque con propósitos diferentes, si bien que, en ambos casos, inadecuados, según este Organismo ha razonado en sus Dictámenes citados, el art. 25.3 de la Ley 10/1992, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 1993, desarrollado por el Decreto 196/1994, de 30 de septiembre, según se apuntó, establece una norma que, aunque regula una cuestión del régimen funcional diferente que la estatal analizada y posee distinto ámbito subjetivo y espacial de aplicación, tiene una finalidad similar, en cuanto compensatoria o promocional del personal de la Comunidad Autónoma de Canarias que ocupare puestos de alto cargo en la Administración autonómica. Norma que, como es obvio pero muy

significativamente, no es aplicable a los funcionarios del Estado en servicio activo en su Administración.

Así, los funcionarios de carrera que desempeñen o hayan desempeñado puestos en la Comunidad Autónoma de Canarias comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983, consolidarán un grado personal equivalente al máximo nivel de estos puestos, siempre que los ocupasen durante más de dos años continuados o tres con interrupción, a partir del 30 de mayo de 1983. Y ello, sin perjuicio de que, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 21.1.c) y 23.3.a) de la Ley 1/1984, esta circunstancia comporte efectos económicos, produciéndose desde el reconocimiento de la consolidación o adquisición por el órgano competente, aquí la Secretaría General Técnica de la Consejería donde esté el puesto del funcionario afectado.

Existe, pues, normativa autonómica en la materia, refiriéndose necesariamente a los funcionarios autonómicos y a un derecho reconocido a los mismos, con una determinada justificación y ciertos requisitos. Por eso, aunque exista similitud con la norma estatal en cuanto a esa justificación y condiciones, sin embargo difieren en la determinación de las consecuencias consiguientes, variando la misma en cuanto que prevista en la norma autonómica incide en el grado personal de los funcionarios y no directamente en su régimen retributivo y, más en concreto, en la cuantía del complemento de destino, por mas que también tenga efecto económico.

En todo caso, lo relevante es que, de acuerdo por lo demás con las decisiones del Tribunal Constitucional al respecto, nunca podrá ser aplicable al funcionario afectado el precepto del art. 33.2 de la Ley 31/1990. Ante todo y como se ha razonado, porque no es un funcionario estatal, ni conserva esta condición por estar en situación de servicio en Comunidades Autónomas tras ser eventualmente traspasado a la Comunidad Autónoma de Canarias, pues consta que es funcionario de la Administración de ésta desde su ingreso en la Función Pública y lo ha seguido siendo desde entonces.

Además, porque este precepto no es básico ni puede serlo, no vinculando en su cumplimiento a todas las Administraciones Públicas, y tampoco cabe su aplicación con carácter supletorio. En primer lugar, por su ámbito estrictamente estatal o su carácter no básico, no afirmado legalmente ni asumible constitucionalmente dadas sus previsiones, en cuanto afectaría inadecuadamente principios organizativos esenciales de las Comunidades Autónomas y los entes locales vinculados determinantemente a sus respectivas autonomías políticas, unas y otras previstas en

la Norma Constitucional, de modo que no cabe que genere obligaciones económicas para las Administraciones no estatales, con obligado reflejo en los correspondientes Presupuestos, o derechos correspondientes para los funcionarios, no estatales, de éstas.

Y también porque la supletoriedad de la regulación estatal no puede ser, constitucionalmente, automática y sin más, exigiendo la aplicación de aquella la existencia de una efectiva laguna normativa en la ordenación autonómica en la materia, Función Pública o, más específicamente, retribuciones de los funcionarios. Y aquí no existe tal laguna, habida cuenta que la Comunidad Autónoma de Canarias ha optado por establecer en tal materia una ordenación diferente a la estatal (Cfr., en particular, Sentencia de 21 de marzo de 2006 del TSJC), que no la vincula al no ser básica.

En resumidas cuentas, por lo hasta aquí expuesto la norma estatal de referencia es aplicable únicamente a funcionarios estatales y cuando sean determinado tiempo altos cargos en el Estado o en una Comunidad Autónoma, mientras que la autonómica lo es a funcionarios autonómicos y cuando ocupen esos concretos puestos en ella el tiempo fijado en la propia norma, siendo el caso del afectado exclusivamente el segundo.

5. Procede, por tanto, dictaminar favorablemente la tramitación y Resuelvo del procedimiento de revisión del acto presunto de efecto estimatorio objeto del mismo, siendo conforme a Derecho su Propuesta resolutoria y, por lo tanto, jurídicamente adecuada la declaración de nulidad de tal acto que contiene con fundamento en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC.

Así, concurre en efecto esta causa de nulidad porque J.M.P.M. ha adquirido un derecho económico careciendo del requisito esencial para su adquisición, que es ser funcionario de carrera de la Administración del Estado o de la Seguridad Social, incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre.

Desde luego, ninguna duda hay acerca de la esencialidad del requisito exigido, en atención tanto a la doctrina de este Organismo, como a la del Consejo de Estado. Así, el acto revisado no incurre en mera ilegalidad, existente en cuanto se dicta sin apoyo en el Ordenamiento jurídico autonómico y con fundamento, no reconocido pero sí consentido por su silencio por la Administración autonómica, en un precepto estatal no aplicable en la Comunidad Autónoma, sino que, como consecuencia de ello, se adquiere un derecho por el interesado sin que tenga la condición de



funcionario del Estado, requisito que dicho precepto estatal establece como absolutamente fundamental y decisivo al respecto.

No obstante, es irrelevante en este caso que el interesado no hubiere ocupado puestos de alto cargo en la Administración del Estado o de la Seguridad Social, pues, aunque así lo hubiera hecho, tampoco tendría el derecho retributivo en cuestión frente a la Administración autonómica por las mismas razones que las aquí expresadas.

## C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la declaración de nulidad del acto administrativo presunto sometido a revisión, siendo conforme a Derecho la Propuesta resolutoria que la contiene.