



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 578/2012

(Sección 1ª)

La Laguna, a 11 de diciembre de 2012.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto de La Cruz en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio del reconocimiento del derecho a la percepción de las diferencias retributivas reclamadas, entre la retribución efectivamente percibida por el desempeño de las funciones de Secretario-Interventor delegado del Organismo Autónomo Local y la percibida por el Secretario General y el Interventor General de la Corporación, por el desempeño de sus respectivos puestos de trabajo, deducida por el funcionario auxiliar del Ayuntamiento de Puerto de la Cruz, F.J.P.P., adscrito a puesto de trabajo de auxiliar del Servicio de Cultura (EXP. 534/2012 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento del Puerto de la Cruz, es la propuesta de resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio dirigido a declarar la nulidad del acto presunto en cuya virtud se reconoció al funcionario auxiliar administrativo de este Ayuntamiento, F.J.P.P. el derecho a la percepción de las diferencias retributivas entre la retribución efectivamente percibida por el desempeño de las funciones de Secretario-Interventor Delegado del Organismo Autónomo Local de Recaudación y la percibida por el Secretario General y el Interventor General de la Corporación, por el desempeño de sus respectivos puestos de trabajo, acto administrativo firme declarativo de derechos.

2. La legitimación del Alcalde para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y habilitante de la declaración de nulidad y la competencia de este Consejo para

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

emitirlo resultan del art. 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo en relación con el art. 11.1.D.b) de la misma y el art. 102.1, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

3. El interesado en trámite de audiencia alegó que se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración si se declarara la nulidad del acto presunto. El instructor solicitó de la Jefatura del Servicio de Recursos Humanos, Empleo y Seguridad, la emisión de informe aclaratorio sobre las retribuciones efectivamente percibidas por el funcionario reclamante, con cargo a los Presupuestos municipales de los años respectivos, durante el período temporal a que se refiere su reclamación, realizándose en términos comparativos con las retribuciones efectivamente percibidas por otros funcionarios auxiliares de cada uno de los diferentes servicios administrativos municipales en igual período, para comprobar si existió o no un tratamiento diferenciado de las retribuciones a favor del funcionario reclamante. Con fecha 2 de noviembre de 2012 se emitió por el Jefe accidental del Servicio de Recursos Humanos, Empleo y Seguridad, el informe requerido del cual resulta que el interesado durante ese período temporal percibió en concepto de complemento específico una cantidad superior a mil euros mientras que los otros auxiliares administrativos por el mismo concepto percibían unos seiscientos euros. Al interesado no se le dio vista de ese informe ni nuevo trámite de audiencia para que alegara sobre él. Empero, esto no constituye una irregularidad que obligue a retrotraer las actuaciones a fin de subsanarla porque no causa indefensión al interesado, puesto que para decidir sobre la nulidad de un acto por el procedimiento de revisión de oficio sólo se ha de examinar si concurre alguna de las causas de nulidad tipificadas en el art. 62.1 LRJAP-PAC. La eventualidad de que su revisión produzca un enriquecimiento injusto no la contempla la LRJAP-PAC como un impedimento al ejercicio de la potestad revisora, como resulta de su art. 102.4. Los hipotéticos perjuicios que causare la declaración de nulidad del acto pueden ser establecidos y resarcidos por el propio acto revisor o por el procedimiento de reclamación de la responsabilidad extracontractual de la Administración, como resulta de los arts. 102.4 y 142.4 LRJAP-PAC. La cuestión de la validez o nulidad de un acto es completamente ajena a las consecuencias patrimoniales del posterior acto revisor que confirma o declara una u otra, respectivamente. Por esta razón la propuesta de resolución no se funda en la inexistencia de enriquecimiento injusto para declarar la nulidad, ni le hurta la posibilidad de que pueda hacer valer sus pretensiones al respecto por otros cauces.

4. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten a un Dictamen de fondo.

II

1. Los arts. 13.2 y 17.2 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional dicen así:

“Art. 13.2. Las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, recogidas en los artículos 2 y 3 y concordantes de este Real Decreto, respecto de Juntas, Órganos o Entidades dependientes de la Corporación distintas del Alcalde, Pleno o Comisión de Gobierno decisoria, podrán ser encomendadas por la Corporación a funcionarios propios de la misma carentes de la habilitación de carácter nacional, a propuesta del titular de la Secretaría y que actuarán como delegados de éste.

Art. 17.2. Las funciones de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria respecto de Juntas, Entidades, Órganos desconcentrados o servicios especializados dependientes de la Corporación que disponga de sección presupuestaria propia, podrán ser encomendadas por la Corporación a funcionarios propios de la misma carentes de la habilitación de carácter nacional a propuesta del titular de la intervención y que actuarán como delegados de éste”.

Con base en estos preceptos por la Resolución de 25 de junio de 1996, al funcionario auxiliar administrativo F.J.P.P., adscrito al puesto de trabajo de auxiliar del Servicio de Cultura, se le encomendaron las funciones de Secretario-Interventor delegado del Organismo Autónomo Local de Recaudación, a propuesta conjunta del Secretario General y del Interventor General de la Corporación, encomienda que aceptó el Consejo de dicho organismo en su reunión de 9 de julio de 1996.

2. El 10 de diciembre de 2007, F.J.P.P. presentó una reclamación por no abonarle durante los últimos cinco años anteriores de las diferencias entre la retribución efectivamente percibida por los conceptos de complemento específico y complemento de destino y la percibida por esos mismos complementos por el Secretario General y el Interventor General de la Corporación.

El Ayuntamiento no contestó en plazo a dicha solicitud y a instancias del interesado la Sentencia, de 23 de noviembre de 2011, del Juzgado de lo Contencioso-

Administrativo número 1 de Santa Cruz de Tenerife, dictada en procedimiento número 167/2009 declaró que había obtenido por silencio administrativo positivo el derecho a las retribuciones solicitadas.

Contra esa Sentencia la Corporación interpuso un recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, la cual lo resolvió mediante su Sentencia de 6 de julio de 2012 que confirmó la Sentencia de instancia con este razonamiento de segundo fundamento jurídico:

“Los argumentos utilizados en el recurso de apelación se dirigen a justificar que el demandante no tenía derecho a las diferencias salariales. Estas cuestiones no pueden ser tratadas aquí, una vez que se ha producido un acto presunto estimatorio. El apelante deberá iniciar, en su caso, la revisión de oficio del acto presunto”.

3. El Pleno del Ayuntamiento el 15 de octubre de 2012 acordó la iniciación del presente procedimiento de revisión de oficio fundamentando dicha decisión en los siguientes términos:

“Iniciar procedimiento para la revisión de oficio, con arreglo a los trámites del artículo 102 de la Ley 30/1992, del acto presunto producido y en cuya virtud se reconoce el derecho a la percepción de las diferencias retributivas entre la retribución efectivamente percibida por el desempeño de las funciones de Secretario-Interventor delegado del Organismo Autónomo Local y la percibida por el Secretario General y el Interventor General de la Corporación, por el desempeño de sus respectivos puestos de trabajo, deducida por el funcionario auxiliar de este Ayuntamiento, F.J.P.P., valoradas por el reclamante en la cantidad de 100.560,22 euros, más los intereses legales correspondientes, al concurrir en dicho acto presunto la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al carecer de los requisitos esenciales para su adquisición por absoluta falta de base jurídica para ello, por no ser un derecho reconocido al funcionario ni normativa ni jurisprudencialmente, y por cuanto que las condiciones objetivas de los puestos comparados no son equiparables (...)”.

III

1. El interesado ha alegado en trámite de audiencia que la eficacia de cosa juzgada de ambas Sentencias impide el ejercicio de la potestad de revisión de oficio. Al respecto, en el Fundamento noveno del Dictamen de este Consejo número 71/2012, de 14 de febrero, se razonó lo siguiente:

“El procedimiento de revisión de oficio se dirige contra los actos presuntos que no están protegidos por el efecto de cosa juzgada de dichas Sentencias, porque éstas no se pronunciaron sobre su legalidad.

Como ya expresamos en nuestro Dictamen 10/2000: la sentencia judicial se sitúa en la postura de aceptar el silencio positivo, con la única salvedad de que el citado silencio no cubre en ningún caso los supuestos merecedores de la calificación de nulidad de pleno derecho, ya que el automatismo de aplicación del silencio administrativo debe ceder ante la comprobación de vicios esenciales. Lo contrario supondría en determinados casos, como el que se dictamina, alcanzar un resultado contrario a la ratio legis de la normativa de fondo aplicable al caso concreto.

En suma, la sentencia (...) declara el efecto estimatorio del silencio sin otro requisito que el transcurso del plazo, cualquiera que fuesen las circunstancias de fondo o los requisitos previos, (...).”

Del mismo modo, continúa nuestro Dictamen, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo declara en su Sentencia de 30 de junio de 2003 (RJ 2003\6020):

El principio o eficacia de cosa juzgada material -que es de la que se trata- se produce cuando la cuestión o asunto suscitado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en otro anterior por la resolución judicial en él recaída. Tal manifestación de la cosa juzgada, que consagraba el artículo 1252 del CC y ahora el artículo 222 de la LECiv/2000 atiende de manera especial a la seguridad jurídica, evitando que la discusión jurídica se prolongue indefinidamente mediante la iniciación de nuevos procesos sobre lo que ha sido ya definido o determinado por la Jurisdicción, y, al mismo tiempo, que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias.

La cosa juzgada material produce una doble vinculación: de una parte, negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibile el proceso cuando advierte que el objeto de éste coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es sólo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquél no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en éste. Dicho en otros términos, el órgano judicial del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su «thema decidendi» cuestiones ya decididas en sentencia

firme anterior deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como punto de partida.

En su vertiente negativa, la excepción de cosa juzgada tenía su expresa consagración en el artículo 82.d) LJCA -art. 69.d) LJCA- dando lugar a la declaración de inadmisibilidad del recurso Contencioso-Administrativo. Y, en una jurisprudencia que por reiterada excusa la cita concreta de los pronunciamientos de esta Sala que la conforman, se ha configurado dicha causa de inadmisión en torno a la comprobación de la identidad de las pretensiones: de la que fue objeto del proceso decidido por sentencia firme y de la que lo es del nuevo proceso en que se hace valer la causa de inadmisión. Así han de contrastarse los tres elementos: a) identidad subjetiva de las partes y de la calidad en que actúan; b) causa de pedir, «causa petendi», o fundamento de la pretensión; y c) «petitum» o conclusión a la que se llega según los hechos alegados y su encuadramiento en el supuesto abstracto de la norma jurídica invocada. Ello, sin perjuicio de las peculiaridades que en el proceso contencioso-administrativo derivan del objeto de la pretensión y que hace que sea un específico elemento identificador de la cosa juzgada el acto administrativo (la actuación de la Administración) o la disposición objeto de las pretensiones impugnatorias. O, dicho en otros términos, si en el posterior proceso la “res de qua agitar” es un acto (actuación) o una disposición diferente del que se enjuició en la resolución judicial firme anterior, ya no puede darse el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, salvo que el acto (actuación) o la disposición objeto del segundo proceso sean meras repeticiones del que se juzgó en el primero.

Así esta Sala ha señalado: «la cosa juzgada tiene matices muy específicos en el proceso Contencioso-Administrativo, donde basta que el acto impugnado sea histórico y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente» (SSTS de 10 noviembre 1982 [RJ 1982, 7252]; cfr., así mismo, SSTS de 28 enero 1985 [RJ 1985, 886], 30 de octubre 1985 [RJ 1985, 4873] y 23 de marzo 1987 [RJ 1987, 3798] 15 de marzo de 1999 [RJ 1999, 4236], 5 de febrero [RJ 2001, 735] y 17 de diciembre de 2001 [RJ 2002, 9043] y 23 de septiembre de 2002 [RJ 2002, 9235], entre otras). Y además, claro está, la apreciación de la excepción de cosa juzgada exige que se trate no sólo del mismo acto, disposición o actuación material sino también de la

misma pretensión u otra sustancialmente idéntica a la que fue objeto del proceso anterior (SSTS, Sala 4.ª, de 22 mayo 1980 [RJ 1980, 2824]). Si en el proceso posterior sobre el mismo acto, disposición o actuación cambian la «causa petendi» o el «petitum» de la pretensión examinada y decidida en la resolución judicial firme anterior tampoco operará en su función negativa la cosa juzgada”.

Dada la identidad del presente supuesto con el examinado en ese Dictamen, dicha doctrina es perfectamente aplicable aquí y, por consiguiente, la circunstancia de que las Sentencias mencionadas anteriormente hayan declarado la existencia de un acto presunto estimatorio no impide la revisión de oficio de dicho acto como expresamente declara tanto la Sentencia de 23 de noviembre de 2011, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Santa Cruz de Tenerife, como la de 6 de julio de 2012, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que confirmaron la existencia de dicho acto presunto.

2. La Propuesta de Resolución fundamenta la declaración de nulidad en la concurrencia de la causa tipificada en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC. Sobre qué ha de entenderse por requisitos esenciales en numerosos Dictámenes este Consejo ha sostenido que la regla general en nuestro Derecho es que son anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (art. 63 LRJAP-PAC). La Administración, cuando estos actos anulables son declarativos de derechos, puede pretender su anulación judicial si concurren los requisitos del art. 103 LRJAP-PAC.

Únicamente si el acto declarativo de derechos firme incurre en alguno de los graves vicios tipificados en el art. 62.1 LRJAP-PAC, la Administración podrá declararlo nulo por sí misma a través del procedimiento de revisión de oficio (102.1 LRJAP-PAC). Entre esos vicios graves el art. 62.1.f) LRJAP-PAC incluye aquellos actos que atribuyen facultades o derechos sin que concurren los requisitos esenciales para su adquisición.

Repárese en que el precepto no considera que basta la carencia de cualquier requisito, sino que exige que éste ha de ser esencial. Con esta exigencia el art. 62.1.f) LRJAP-PAC impide que se califique de nulo a cualquier acto administrativo que contradiga el ordenamiento jurídico, sino sólo a aquel que atribuya un derecho a una persona que carece manifiesta y paladinamente de todo presupuesto para el reconocimiento de ese derecho. Esta interpretación es concorde con el resto de los supuestos de nulidad del art. 62.1 LRJAP-PAC, que sólo contemplan los actos que

adolecen de los más graves vicios formales o sustanciales (los que lesionen Derechos Fundamentales, los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, los de contenido imposible, los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, los dictados prescindiendo de todo el procedimiento legal o con violación de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de órganos colegiados). En los demás casos la calificación que corresponde al acto administrativo contrario a la ley es la de acto anulable (art. 63.1 LRJAP-PAC).

El art. 62.1.f) LRJAP-PAC obliga a distinguir entre "*requisitos esenciales*" y "*requisitos necesarios*". Si dentro de los primeros se incluyera cualquier condición necesaria para la validez del acto declarativo de derechos, entonces entraría en la categoría de nulidad radical del art. 62.1 LRJAP-PAC todo supuesto de ilegalidad de un acto declarativo de derechos, en la medida en que dicha ilegalidad se funda siempre en la ausencia de una de las condiciones o requisitos establecidos por el Ordenamiento jurídico. Si se interpreta que todo acto administrativo declarativo de derechos que incurre en cualquier ilegalidad es nulo de pleno derecho, entonces a dichos actos no les serían aplicables los arts. 63 y 103 LRJAP-PAC, lo cual es un absurdo porque contradice el tenor literal del art. 103 LRJAP-PAC, que refiere expresamente su regulación y el régimen del art. 63 LRJAP-PAC a los actos declarativos de derechos. Además, de optarse *contra legem* por la interpretación que se rechaza, se lesionaría el principio constitucional de seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 de la Constitución; dado que, según el artículo 102.1 LRJAP-PAC, en cualquier momento, es decir, sin limitación de plazo alguno, se puede proceder a la revisión de los actos nulos.

En definitiva, el art. 62.1.f) LRJAP-PAC debe ser interpretado restrictivamente, porque la equiparación de requisito esencial a cualquier requisito necesario aniquila la distinción legal de causas de nulidad y de anulabilidad y el sistema legal de recursos con interposición sometida a plazo.

Por todas estas razones debe reservarse la expresión "*requisitos esenciales*" para aquellos vicios de legalidad en que el acto carece, no de cualquier requisito legal, sino de aquellos que le son realmente inherentes y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida; de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma.

La aplicación de dicha doctrina al presente caso en que se pretende la declaración de nulidad de un acto presunto que atribuye a un funcionario el derecho a percibir los complementos específicos y de destino correspondientes al Secretario y al Interventor de la Corporación, exige determinar cuáles son las condiciones personales que, según la ley, han de concurrir en el funcionario para que dicho acto pueda crear el derecho a su percepción.

3. La Ley vincula inexorablemente la percepción de los complementos de destino y específico a la ocupación y desempeño de un puesto de trabajo, [art. 23.3, a) y b) la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública, LRF; arts. 22.3 y 24, a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP] de modo que la percepción de los correspondientes al Secretario-Interventor (o al Secretario y al Interventor de un Ayuntamiento) está ligada al desempeño de un puesto de trabajo como tal, el cual sólo puede ser ocupado por un funcionario con habilitación nacional que pertenezca a alguna de las Subescalas de esa Escala nacional y, excepcional y provisionalmente, por un funcionario que posea alguno de los títulos de licenciado universitario exigidos para el ingreso de ese cuerpo [D.A. II.1 y 2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP); arts. 1, 7.1, 8, 14, 20 y 22 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, sobre Régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional; arts. 33 y 34 del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, por el que se regula la Provisión de puestos de trabajo de la Administración local reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional].

Requisito esencial para el derecho a la percepción de ambos complementos es por tanto el desempeño efectivo del puesto de trabajo de Secretario-Interventor con la titulación universitaria que se exige a estos funcionarios. El interesado no ha desempeñado nunca el puesto de trabajo de Secretario-Interventor del Ayuntamiento, ni este puesto existe en el Organismo Autónomo Local de Recaudación, ni ha alegado ni, por ende, acreditado poseer la titulación universitaria exigida para desempeñar ese puesto. Además, las condiciones objetivas de los puestos comparados no son equiparables. Únicamente ha ejercido por delegación determinadas funciones del Secretario y del Interventor, con la asunción por éstos de la responsabilidad administrativa y, por ende, supervisión de esas funciones. El acto presunto que se pretende revisar atribuyó por tanto un derecho sin concurrir en la condición personal de su beneficiario un requisito esencial, la ocupación y

desempeño del puesto de trabajo de Secretario-Interventor, requisito imposible de cumplir porque ese puesto no existía en el Organismo Autónomo donde ocupaba un puesto de trabajo distinto, y también por no haber acreditado la titulación requerida.

C O N C L U S I Ó N

Procede la declaración de nulidad del acto presunto en cuya virtud se atribuyó al funcionario auxiliar administrativo F.J.P.P. el derecho a la percepción de las diferencias retributivas entre la retribución efectivamente percibida por el desempeño de las funciones de Secretario-Interventor Delegado del Organismo Autónomo Local de Recaudación y la percibida por el Secretario General y el Interventor General de la Corporación, por el desempeño de sus respectivos puestos de trabajo, por concurrir en dicho acto presunto la causa de nulidad tipificada en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC. En consecuencia, la propuesta de resolución se considera ajustada a Derecho.