



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 6 / 2 0 1 3

(Pleno)

La Laguna, a 19 de febrero de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio del acto presunto estimatorio de reclamación presentada por la funcionaria M.I.V.R., por la realización de la jornada especial en el puesto de trabajo desempeñado durante el período comprendido entre el 3 de agosto de 2001 y el 3 de octubre de 2007 (EXP. 29/2013 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Por escrito de 30 de enero de 2013, el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno solicita dictamen preceptivo por el procedimiento de urgencia, al amparo de los arts. 11.1.D.b), 12.3 y 20.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, en relación con la Propuesta de Resolución por la que se pretende anular el acto presunto estimatorio por el que M.I.V.R. percibió 10.271, 30 € en concepto de realización de jornada especial (40 horas semanales) en el puesto de trabajo efectivamente desempeñado (25307) durante el periodo comprendido entre el 3 de agosto de 2001 y el 31 de octubre de 2007, cuando -según la interesada- le correspondía realizar en el puesto adjudicado finalmente (23325) una jornada normal (37.30 horas semanales).

Se funda la urgencia de la solicitud en la necesidad de “evitar una nueva caducidad del procedimiento cuya primera caducidad ya fue declarada por la (...) Resolución de 9 de enero de 2013.

Se ha incoado el procedimiento revisor en base a la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), pues -según se sostiene- la interesada adquirió un derecho por silencio positivo en contra de lo dispuesto por el Ordenamiento Jurídico, careciendo de los requisitos esenciales para su admisión. En este caso, percibió "gratificaciones por servicios extraordinarios sin que reuniera "los requisitos necesarios (...) para su devengo, dado que (...) el trabajo (...) en jornada superior a la ordinaria, de manera continuada -es decir, la jornada especial- no puede incluirse entre las gratificaciones por servicios extraordinarios, que únicamente permiten retribuir servicios extraordinarios realizados fuera de la jornada normal".

En el procedimiento incoado consta la realización del trámite de audiencia a la interesada, que compareció al mismo (art. 84 LRJAP-PAC). Se ha emitido el preceptivo informe del Servicio Jurídico [art. 20.e) del Reglamento del citado Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero]. Cierra el procedimiento la Propuesta de Resolución elaborada por la Secretaría General de la Consejería de la Presidencia, a aprobar de forma definitiva por la Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad, de conformidad con el art. 29.1.g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, que atribuye a los Consejeros del Gobierno de Canarias la resolución de los expedientes de revisión de oficio de los actos del propio Departamento.

2. Es la segunda ocasión en la que este asunto se somete a la consideración del Consejo, en la primera se emitió el Dictamen 577/2012, de 4 de diciembre, que concluyó en que el expediente administrativo remitido carecía de la documentación precisa cuyo contenido se conocía de forma indirecta por otros documentos obrantes en las actuaciones. A saber: RPT de ambos puestos con expresión de nivel, complementos y jornada (normal/especial); retribuciones efectivamente percibidas; efectividad en la ocupación de ambos puestos; toma de posesión del puesto 23325; duración de la comisión de servicio concedida para ocupar el puesto 25307; Orden nº 318, de 19 de diciembre de 2007, que dispone que la adjudicación definitiva del puesto tendrá "efectos retroactivos, administrativos y económicos", de 3 de agosto de 2001; reclamaciones anteriores y desestimación de las mismas; recursos interpuestos y su resolución.

Tal circunstancia determinó que este Consejo, por escrito de 19 de noviembre de 2012, solicitara a la Administración la remisión de la siguiente documentación complementaria:

“Sobre el incidente de nulidad de actuaciones planteado por la interesada y, en su caso, resolución del mismo por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Documentación complementaria referente al expediente del que trae causa, incluyendo solicitudes de la interesada y decisiones al efecto de la Administración autonómica, con especial mención de las Órdenes 318, de 19 de diciembre de 2007, y 1784, de 27 de octubre de 2007.

Y sobre los complementos retributivos que percibió la interesada en su prestación de servicios entre 2001 y 2007, ocupando por comisión de servicios, el puesto 25307, así como confirmación de que tal puesto tiene asignado complemento por jornada especial y no lo tenía el puesto 23325 que, en principio, le fue adjudicado”.

Se hizo saber a la autoridad solicitante del Dictamen la necesidad de que la documentación requerida se remitiese a este Consejo Consultivo antes del 28 de noviembre dado que el procedimiento caducaría el día 30, de conformidad con el art. 102.5 (LRJAP-PAC). El 29 de noviembre de 2012 a las 16:16 horas, se recibe en este Consejo fax mediante el que se adelanta la documentación que, se dice, en su momento se presentará por el cauce ordinario. A saber:

“- Auto de 3 de octubre de 2012, dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso Administrativo, en relación con el recurso de apelación interpuesto por M.I.V.R. en relación con el incidente de nulidad.

- Orden 1784 de 24 de octubre de 2007, de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad.

- Certificación relativa a los puestos de trabajo ocupados por M.I.V.R. en los aspectos interesados”.

El procedimiento, sin embargo, caducó el 30 de noviembre de 2012, por lo que la Administración ha de resolver en tal sentido (art. 42.1 LRJAP-PAC), pudiendo al propio tiempo acordar el inicio de un nuevo procedimiento. Como así ha sido, por Resolución de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno de 9 de enero de 2013.

3. La remisión finalmente de la documentación no remitida como hubiera sido exigible con la primera solicitud, nos obliga a completar el relato de antecedentes.

II

1. El 22 de septiembre de 2000, mediante Orden de la Consejería de Presidencia del Gobierno de Canarias, se aprobaron las bases y se convocó concurso de méritos para la provisión de puestos de trabajo adscritos, entre otros, al Grupo D, Cuerpo Auxiliar de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Mediante Orden de 27 de julio de 2001, de la extinta Consejería de Presidencia e Innovación Tecnológica, se aprobó la lista definitiva adjudicándose a la reclamante el puesto de Jefe de Negociado de Régimen Jurídico (nº de R.P.T. 060205003, actualmente 25307), Tenerife.

Mediante Sentencia de 21 de mayo de 2007, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, se anuló la citada Orden.

Por Orden de 27 de octubre de 2007 (nº 1783), de la anterior Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad, se procede a la ejecución de la citada Sentencia, adjudicándose a la reclamante el puesto de trabajo con nº de R.P.T. 23325 (Jefe de Negociado de Asuntos Generales y Habilitación, en la Presidencia de Gobierno, Viceconsejería de la Presidencia, Unidad "Oficina de Relaciones Institucionales"), en Madrid.

La citada Orden, en el apartado segundo del Resuelvo, establece que, "a efectos de la participación en próximos concursos de méritos, se considerará que la permanencia en el puesto que se adjudica se produce desde el 3 de agosto de 2001". Así mismo, en el apartado cuarto, se señala que "los funcionarios cesarán en su anterior puesto de trabajo el día 31 de octubre, debiendo tomar posesión en el nuevo puesto adjudicado dentro de los tres días siguientes hábiles, cuando éste se encuentre localizado en la misma isla, o de un mes si el nuevo puesto radica en distinta isla".

No obstante, la reclamante nunca llegó a tomar posesión ni a ocupar efectivamente el puesto adjudicado (23325), "pues se le concedió una comisión de servicios en el mismo puesto que venía desempeñando anteriormente" (25307), en Tenerife.

Por Orden de 29 de noviembre de 2007, se inició de oficio procedimiento de responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados a los funcionarios que participaron en el concurso y que durante un periodo de tiempo (2/8/01-

2001/10/2007) "estuvieron percibiendo cantidades inferiores a las que debieran haberles correspondido".

Por Orden del Consejero de Presidencia, Justicia y Seguridad, de 19 de diciembre de 2007, se da efectos retroactivos, administrativos y económicos, a fecha 3 de agosto de 2001, a la adjudicación de puestos efectuada por Orden 1783, de 24 de octubre de 2007 -con cita expresa de la interesada-, con indicación de que también se abone el "interés legal del dinero desde el 21 de noviembre de 2002, fecha de la firmeza de la sentencia".

Mediante escrito de 21 de mayo de 2008, la interesada solicita de la Dirección General de la Función Pública y de la Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad el abono de los efectos económicos dispuestos por la citada Orden de 19 de diciembre de 2007.

Mediante escrito de 28 de mayo de 2008, notificado el 4 de junio, de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, se comunica a la interesada que "no procede abono alguno" por la diferencia del puesto desempeñado y adjudicado, al tener ambos puestos "los mismos complementos y percibir las mismas retribuciones".

El 5 de junio de 2008, la interesada formuló reclamación ante la Secretaria General de la Presidencia del Gobierno solicitando el abono de la indemnización prevista en la disposición adicional sexta, apartado 5, del Decreto 251/1997, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Indemnizaciones por razón del servicio, según la cual el personal al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma que ocupe puestos de trabajo localizados fuera del ámbito territorial de la misma y dentro de territorio nacional percibirá "una indemnización por la minoración del poder adquisitivo y de la calidad de vida".

2. Mediante Resolución 138/2008, de 12 de junio, la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno resuelve que la compensación económica derivada de la adjudicación del nuevo puesto sólo procedía en relación con los funcionarios a los que "en ejecución de sentencia les hubiera correspondido un puesto con mejor nivel de clasificación y/o complemento específico que el que se les adjudicó en el año 2001", siendo así que en este caso tanto uno (25307) como otro puesto (23325) "pasaron a tener el complemento específico 26".

El 23 de julio de 2008, la reclamante presenta recurso de reposición en el que, además de oponerse a la desestimación de su inicial pretensión (por un lado, al ser una condición imposible pretender exigir su incorporación efectiva a un puesto, en Madrid, cuando simplemente no pudo al adjudicársele otro que fue posteriormente anulado; por otro, al entender que su supuesto es parecido al de aquellos funcionarios a los que en la adjudicación definitiva de 2007 les correspondió puesto en isla no capitalina cuando en la de 2001 era en isla capitalina y, coherentemente, se les retribuyó ese complemento, sin haberse trasladado efectivamente a esa isla), incorpora una nueva reclamación alegando que entre el 3 de agosto de 2001 y el 31 de octubre de 2007 realizó "efectivamente" una jornada especial cuando la jornada que le hubiera correspondido efectuar en el puesto 23325 era de 37.5 horas semanales, solicitando la correspondiente indemnización por los perjuicios económicos sufridos -en concepto de "servicios extraordinarios"- que cuantifica en 10.271,30 euros.

El 19 de septiembre de 2008, el Director General de la Función Pública informa a la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno que no procede la reclamación solicitada por cuanto "la indemnización por residencia se dirige a compensar (...) la minoración del poder adquisitivo y de la calidad de vida ocasionada por tener que residir en Madrid", lo que nunca tuvo lugar. Y en relación con la jornada realizada y no satisfecha, matiza que como la jornada que estuvo desempeñando "tenía una jornada especial, por lo que tuvo que trabajar 40 horas semanales en lugar de las 37.5 horas", podría "plantearse (...) la existencia de un daño por esta circunstancia en concreto" (sic), aunque se trata de una cuestión que ha sido alegada por primera vez con motivo de la formulación del recurso.

El 28 de octubre de 2008, se emite informe por el Servicio Jurídico respecto al citado recurso de reposición. Considera que no cabe abono en concepto de residencia no efectiva en Madrid, pues al no producirse nada hay que compensar; pero estima, respecto a la jornada especial presuntamente trabajada y no abonada, que la reclamante debería seguir para su abono el cauce del procedimiento previsto en el Real Decreto 429/1993, aunque el procedimiento también lo puede incoar la Administración de oficio.

Por Resolución de 14 de enero de 2009, la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno desestima el recurso de reposición interpuesto.

La interesada acude a la vía contenciosa, dictándose por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 3 de Santa Cruz de Tenerife, Sentencia de 6 de mayo de 2011, por

la que desestima su demanda (indemnización por la minoración del poder adquisitivo y de la calidad de vida, en Madrid, considerando que el abono de la indemnización reclamada está vinculado a la efectiva ocupación del puesto; de lo contrario, se incurriría en un enriquecimiento injusto) pero no entra a resolver la reclamación complementaria (el no abono de la jornada especial) planteada en el recurso de reposición, ya que no se sometió previamente a la consideración de la Administración. Así, la Sentencia precisa que la reclamante deberá instar “la oportuna reclamación *ex profeso* ante la Comunidad Autónoma”, caso de “haberse realizado y no haberse satisfecho a la recurrente la cantidad correspondiente por la jornada efectivamente realizada”.

El 21 de julio de 2011, la reclamante presenta ante la Secretaria General de Presidencia de Gobierno reclamación relativa a las horas de más realizadas con base en los argumentos referidos y en la Sentencia de 6 de mayo de 2011, cuantificando la indemnización, “sobre la base del cómputo de las retribuciones asignadas a los servicios extraordinarios, en diez mil doscientos setenta y un euros con treinta céntimos (10.271,30 euros)”.

El 7 de mayo de 2012, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dicta Sentencia de apelación desestimando el recurso interpuesto y precisando -respecto a la reclamación por la realización de una jornada de 40 horas semanales (jornada especial)- que en el puesto que desempeñó (25307) obtuvo la retribución que le correspondió por su jornada especial, y en todo caso, que las 37,5 horas eran de jornada ordinaria, pero no podemos especular con las condiciones de trabajo a las que hubiera estado sometida de haber tenido que desempeñar en Madrid el puesto realmente”.

El 29 de mayo de 2012, la reclamante presenta ante la Secretaría General de Presidencia de Gobierno escrito por el que pone de manifiesto que el transcurso del plazo establecido para la contestación a la solicitud formulada el 21 de julio de 2011 determina “la estimación de la misma por silencio positivo”.

El 4 de julio de 2012, la interesada presenta incidente de nulidad de actuaciones, pues la afirmación de la Sentencia de apelación de que “en el puesto que desempeñó obtuvo la retribución que le correspondió por su jornada especial” se realiza sin que ninguna de las partes lo hubiera solicitado, lo que constituye una incongruencia *extra petita*.

El 31 de julio de 2012, por Resolución de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, que se traslada a la interesada, se incoa revisión de oficio del derecho ganado por silencio.

El 8 de agosto de 2012, la interesada formula alegaciones solicitando "el archivo del presente procedimiento por no concurrir causa de nulidad de pleno derecho en el acto estimatorio por silencio administrativo, cuya revisión se pretende", con base en las siguientes causas: la interpretación restrictiva de las causas de nulidad por exigencia del principio de seguridad jurídica; no se ha vulnerado requisito alguno que sea esencial; mediante Orden 318/2007, de 19 de diciembre de 2007 el Consejero de Presidencia, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias resolvió "otorgar efectos administrativos y económicos, con carácter retroactivo a fecha 3 de agosto de 2001 a la adjudicación definitiva del puesto; la Sentencia de 6 de mayo de 2011 señalaba que "en caso de haberse realizado y no haberse satisfecho a la recurrente la cantidad correspondiente por la jornada efectivamente realizada, se incurriría por la Administración demandada en un enriquecimiento injusto o sin causa". Y fue la propia Sentencia de instancia la que respecto a la "gratificación por servicios extraordinarios" indicaba que "debía formularse previamente reclamación" en tal sentido ante la Administración, a lo que se procedió, siendo estimada por silencio administrativo cuya revisión ahora se pretende.

El 1 de octubre de 2012, el Servicio Jurídico informa favorablemente la Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación.

Por Auto judicial de 3 de octubre de 2012, se desestima el incidente de nulidad de actuaciones planteado por la interesada.

III

Concluido el procedimiento y solicitado dictamen a este Consejo, se emitió el Dictamen 577/2012, de 4 de diciembre, que no entró en el fondo del asunto.

Por Resolución de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, de 9 de enero de 2013, se declaró la caducidad del procedimiento incoado y se ordenó la incoación de uno nuevo, con conservación de actos, lo que se notificó a la parte.

El 17 de enero de 2013, la interesada presentó escrito de alegaciones en el que, además de reiterar anteriores alegaciones, cuestiona el hecho de que "la Resolución que nos ocupa mantiene toda su argumentación en relación con el concepto de gratificaciones extraordinarias, pero nada señala en relación con el enriquecimiento injusto o sin causa, base de la reclamación y fundamentación jurídica de la Sentencia

del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3, no recurrida por ninguna de las partes en ese particular extremo”.

Siguiendo el planteamiento de la reclamación, la Propuesta concluye con que procede la revisión de oficio del acto presunto por cuanto las gratificaciones por servicios extraordinarios [contempladas en el art. 24.d) del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, así como en el art. 82.3.d) de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria] en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo.

Así pues, la Propuesta considera que la interesada habría adquirido, por silencio administrativo estimatorio, un derecho a la percepción de una cantidad en concepto de gratificaciones por servicios extraordinarios sin que se reunieran los requisitos para su devengo. Por eso, se pretende revisar su percepción porque se abonan servicios extraordinarios que no se han realizado.

En definitiva, por Resolución de 24 de octubre de 2007, se adjudicó a M.I.V.R. el puesto de trabajo, nº RPT 23325, Jefe de Negociado de Asuntos Generales y Habilitación en la Presidencia de Gobierno, Viceconsejería de la Presidencia, Unidad, Oficina de relaciones institucionales en Madrid, con jornada normal (37 horas y media), puesto que, sin embargo, no llegó a ocupar al habersele concedido una comisión de servicios en el puesto (25307) en la Isla de Tenerife, de jornada especial (40 horas semanales).

Atendiendo a la reclamación de fecha 21 de julio de 2011 sobre la que se estimó por silencio positivo la pretensión de una gratificación por servicios extraordinarios por importe de 10.271,30 €, sobre la base de la diferencia de horas realizadas por la citada funcionaria en el citado puesto (25307), en relación con el adjudicado (23325) con jornada especial, este Consejo Consultivo considera que el reconocimiento de la citada gratificación por servicios extraordinarios por silencio ante la falta de respuesta expresa de la Administración, la obtuvo la interesada sin reunir los requisitos esenciales para su adquisición, ya que el trabajo lo prestó en jornada especial -en el período al que se refiere- de manera continua y permanente, sin que ello suponga servicio extraordinario alguno, tal como exige el art. 24.d) del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, y el art. 81.3.d) de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, que reservan estas retribuciones complementarias para gratificar servicios extraordinarios -debidamente autorizados- y prestados fuera de la jornada normal y que en ningún

caso podrán ser fijos en su cuantía ni periódicos en su devengo. Así, el derecho adquirido consiste en el pago de servicios extraordinarios no prestados, sin que la diferencia de horas existente entre la jornada especial (40 horas semanales) y la normal (37 horas y media semanales) pueda conllevar la obtención de una gratificación por servicios extraordinarios, por lo que su reconocimiento afecta a los requisitos esenciales para la adquisición del derecho, al no haberse prestado dichos servicios, y no concurrir los requisitos esenciales para que pueda prosperar la reclamación económica [art. 62.1.b) de la LRJAP-PAC].

Como señala el TS, esta causa de nulidad “debe reservarse para aquellos vicios de legalidad que consisten en la ausencia de los presupuestos de hecho que, en cada caso, deben concurrir necesariamente” (Sentencia de 6 de mayo de 2009). Y es evidente que para obtener una retribución complementaria de gratificación por servicios extraordinarios, es indispensable e íntimamente unido a su naturaleza haberlos efectivamente prestado.

Finalmente, en la Propuesta de Resolución se debería expresar que recae sobre la declaración de nulidad del acto producido por silencio administrativo estimatorio de la reclamación presentada por M.I.V.R. con fecha 21 de julio de 2011 y en el período al que se refiere, por la que se reconoce el derecho a percibir el importe de 10.271,30 €, e intereses, en concepto de gratificación por servicios extraordinarios.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la propuesta de revisión de oficio de 24 de enero de 2013, por la que, con base en el silencio positivo, se reconoce a M.I.V.R. una gratificación por servicios extraordinarios.