



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 8 1 / 2 0 1 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 25 de julio de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad en relación con la ***Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio del acto presunto positivo declarado por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria, por el que la funcionaria E.G.M. adquirió el derecho de percepción económica (EXP. 291/2013 RO)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad es la Propuesta de Orden resolutorio de un procedimiento de revisión de oficio, tramitado en relación con el acto presunto positivo reconocido en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4, de los de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 12 de julio de 2012, por la que se le reconoce a M.E.G.M. 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 del Estado fije anualmente para los Directores Generales de la Administración General del Estado.

2. La legitimación del Consejero para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los artículos 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo (LCCC), en relación, el primer precepto, con el artículo 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 la interesada de los requisitos esenciales para su adquisición.

II

1. En cuanto a los hechos, cabe señalar lo siguiente:

El día 3 de diciembre de 2010 se dictó la Resolución de la Dirección General de la Función Pública, nº 987, de 3 de diciembre de 2010, por la que se denegó a la interesada la formalización del derecho al complemento de destino de Director General de la Administración General del Estado en aplicación del artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, que había solicitado previamente.

Así, contra dicha Resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4, de los de Las Palmas de Gran Canaria, que dictó Sentencia el 12 de julio de 2012, por la que se estimó el recurso, dejando sin efectos la Resolución referida, por contravenir un acto presunto positivo derivado de una petición anterior, de 15 de abril de 2010, que no fue resuelta en tiempo y forma por la Administración.

2. Así mismo, el día 17 de enero de 2013, por Orden, nº 9, del Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad, se inició el procedimiento de revisión de oficio del acto presunto positivo reconocido por la Sentencia citada anteriormente y, tras tramitarse correctamente, el día 16 de marzo de 2013 se formuló Propuesta de Resolución de la Dirección General de la Función Pública de declaración de oficio de la nulidad del acto presunto positivo referido, que fue objeto del Dictamen 110/2013 de este Organismo, de 9 de abril, en el que se manifestó que, por las razones expuestas en él, procedía la revisión del acto mencionado.

El día 12 de abril de 2013 se declaró la nulidad del acto presunto positivo ya mencionado mediante Orden, que no le fue notificada a la interesada hasta el día 25 de abril de 2013, considerándose por la Administración por esta razón que se había producido el vencimiento del plazo de caducidad del procedimiento, resolviéndose con declaración de esta circunstancia por este motivo mediante Orden 178/2013, de 17 de junio.

Pues bien, tal declaración no fue conforme a Derecho, pues el art. 102. 5 LRJAP-PAC, es claro al respecto “Cuando un procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el

transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo". En este caso, se dictó la resolución por la que se acordó la declaración de oficio de la nulidad del acto referido dentro del plazo de tres meses del inicio del procedimiento, por tanto dentro de plazo, sin que el Ordenamiento Jurídico haga depender su cumplimiento de la notificación de la Resolución (art. 57 LRJAP-PAC).

En este sentido, se observa que este Consejo Consultivo ha emitido Dictámenes en procedimientos de revisión de oficio el día antes o aun el mismo día de vencimiento del plazo previsto en el art. 102.5 LRJAP-PAC, sin que, obviamente, se pudiera notificarse con antelación la resolución dictada, sin proceder pese a ello resolver declarando la caducidad y siendo, por ende, necesario iniciar nueva revisión en su caso.

Sin embargo, si bien tal resolución era improcedente, lo cierto es que se le notificó a la interesada junto con la resolución por la que se inició el presente procedimiento, la Orden 184, de 19 de junio de 2013, presentando la misma escrito de alegaciones el 1 de julio de 2013. Por eso, se entiende que tal acto produjo plenos efectos y, por ende, siendo pertinente por este motivo la tramitación del tramitado procedimiento.

El 10 de julio de 2013 se emitió el Informe Jurídico de la Dirección General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias favorable a la revisión de oficio del acto presunto positivo y este mismo día se formuló Propuesta de Resolución 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. La Propuesta de Resolución 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, en que el acto presunto carece del requisito esencial, presupuesto de hecho, de reincorporarse al servicio activo de la Administración del Estado, considerando que al reintegrarse en el servicio activo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias se somete a las condiciones y retribuciones de la misma.

Asimismo, considera que la afectada, al estar en situación de excedencia voluntaria en la Administración General del Estado, reincorporándose al servicio activo de la Comunidad Autónoma, no al de la Administración General del Estado, después de haber sido Alto Cargo de la Comunidad Autónoma de Canarias y no de la Administración estatal, no tiene derecho a la percepción que reclama, es decir el complemento de destino de los Directores Generales de la Administración del Estado, añadido al que ya disfruta al haber consolidado el grado 30 en nuestra Comunidad Autónoma, tras haber sido Alto Cargo de la misma.

La Administración entiende que sólo le corresponde el complemento de destino propio del grado 30 de la Comunidad Autónoma y, obviamente, el resto de las remuneraciones que el mismo conlleva, añadiendo que lo que ella reclama supondría que la Administración autonómica tendría que asumir una carga presupuestaria correspondiente al Estado, atentando con ello contra el principio de igualdad que debe regir en las retribuciones de todos los funcionarios de la Comunidad Autónoma.

Además se señala al respecto que, el art. 33.2 de la Ley 31/1990, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, no es un precepto de carácter básico.

2. En el presente asunto, dado que la nueva PR es de idéntico contenido a la que fue objeto del Dictamen anterior, cabe remitirse a lo manifestado en él.

Así, en el Dictamen 110/2013, se afirmó que *“al igual que se señaló por este Organismo en supuestos similares, el problema estriba en determinar si lo dispuesto en el art. 33.2 de la Ley estatal 31/1990, en relación con el complemento de destino es aplicable a un funcionario de la Comunidad Autónoma de Canarias, quien tras haber ocupado un puesto de Alto Cargo, durante dos años de forma ininterrumpida o 3 años con interrupciones, habiendo consolidado el grado 30, se reincorpora al servicio activo en la Administración autonómica. Ello implicaría, si fuera aplicable tal precepto, que a la totalidad de la remuneración propia del grado 30, que ha adquirido dicho funcionario, incluyendo el complemento de destino presupuestado por la Comunidad Autónoma, se le debe añadir lo dispuesto en dicho precepto en relación con el complemento de destino de los Directores Generales de la Administración General del Estado, pero a cargo de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Canarias.*

3. Esta cuestión ya se ha planteado, tanto en el caso de funcionarios que, en ningún momento, lo fueron del Estado, como ocurrió en el supuesto correspondiente al Dictamen 214/2006, de 10 de julio, como a funcionarios de la Comunidad

Autónoma que, habiendo sido funcionarios del Estado, se hallan en situación de excedencia voluntaria en relación con tal puesto y que, luego, ostentaron un puesto de Alto de Cargo en la Comunidad Autónoma y que se reincorporaron al servicio activo de la misma, como acontece no sólo en el presente supuesto, sino en el previsto en el Dictamen 305/2006, de 22 de septiembre.

4. Así, en relación con tal cuestión, es preciso recordar lo que se señaló en el Dictamen 214/2006, de este Consejo Consultivo, en relación con dicho precepto “Este precepto ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 24 de septiembre de 1994 y 24 de noviembre de 1997. Y, como mantiene la Administración, un atento examen de dichas Sentencias pone de relieve, en primer término, que sostienen que el citado artículo es de aplicación, exclusivamente, a los funcionarios de carrera de la Administración General del Estado. En palabras del Alto Tribunal, en su Sentencia de 24 de septiembre de 1994, “La aplicación del artículo 33 al ámbito autonómico no resulta de un examen sistemático de la norma. A diferencia del artículo 18 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991, que se refiere específicamente en su apartado 2.b) a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, y que engloba a todo el sector público –y no sólo al sector público estatal–, los demás preceptos sobre el régimen retributivo del personal activo contenidos en dicha Ley atañen sólo a los funcionarios del Estado, sus Organismos Autónomos y demás Entes públicos integrados en el sector del Estado. Desde esta consideración, por tanto, no cabe entender que el artículo 33 no distingue entre funcionarios de carrera de una u otra de las Administraciones Públicas” (FJ 5º, párrafo 2º).

En segundo lugar, y siempre según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que estamos considerando, el art. 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, no es un precepto básico en lo que hace al complemento de destino que establece. En efecto, la citada STS de 24 de septiembre de 1994 es clara cuando afirma que “de los artículos 23 y 24, de la Ley 30/1984, no se desprende que la cuantía del complemento de destino sea aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas como norma básica”. Cuestión muy diferente es el carácter básico del grado personal del artículo 21 de la Ley 30/1984, así como su garantía, de modo que el referido art. 21.1, d) establece que “el grado personal se adquiere por el desempeño de uno o más puestos de nivel correspondiente durante dos años continuados o tres con interrupción; “lo que

resulta concordante –continúa el Tribunal Supremo– con la regulación del artículo 33.2 de la Ley de Presupuestos para 1992”.

5. Además, se señaló en el Dictamen 214/2006, en relación con el art. 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 y en el Decreto 196/1994, de 30 de septiembre, que guarda similitud, al menos en su finalidad, con el art. 33.2 de la Ley 31/1990, que dicha norma autonómica no regula cosas diferentes sin más y que no pueden aplicarse conjuntamente al mismo funcionario, al menos cuando éste sea autonómico, afirmándose que “Así, la estatal lo es a funcionarios estatales y cuando sean durante determinado plazo de tiempo Altos Cargos en el Estado o una Comunidad Autónoma, y la autonómica a funcionarios autonómicos y cuando lo sean en ella el tiempo fijado en la propia norma (...)”.

6. Pues bien, la interesada tiene la condición de funcionario del Estado, pero, se halla, en relación con la misma, en la situación administrativa de excedencia forzosa y, tras ocupar un puesto de Alto Cargo de la Comunidad Autónoma, se reincorporó al servicio activo de la Administración autonómica y no de la Administración del Estado, lo que implica que, en aplicación de la normativa reguladora de la materia a la que ya se hizo referencia en el Dictamen 305/2006, En el Reglamento de Situaciones Administrativas (RSA) 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 artículo 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 que, de ningún modo, tiene derecho a percibir las retribuciones correspondientes a su puesto como funcionaria del Estado, sus retribuciones, obviamente, mientras esté en el servicio activo de la Comunidad Autónoma, son las propias del puesto que ocupa en ella, es decir, un puesto de funcionario de grado 30 de la Comunidad Autónoma de Canarias, en este caso.

7. El art. 33.2 antes citado no es aplicable al caso, incluso en la interpretación favorable al funcionario efectuada en la jurisprudencia del TS, puesto que, de acuerdo con sus propios argumentos, la afectada no es funcionaria en activo del Estado o está en situación a la que se le reconozca idénticos derechos, aún cuando sea indiferente la Administración en la que prestase servicios como Alto Cargo. Así, no sólo era funcionaria en activo de la Administración autonómica, estando en excedencia voluntaria en la estatal, con aplicación de los preceptos correspondientes del RSA, sino que retornó a su puesto de trabajo en la Administración autonómica, no la estatal, pudiendo por ello sólo exigir que se le aplique por aquélla las normas autonómicas previstas al respecto, para sus funcionarios que volviesen a situación de activo tras ser Altos Cargos.

En esta línea, en el Dictamen 214/2006, se afirmó en relación con la norma autonómica que «En consecuencia, ha de entenderse que, fundamentalmente, pretende el reconocimiento de un derecho económico determinado a los afectados que cumplan el supuesto de hecho en ella previsto, que se plasma en la percepción del complemento de destino correspondiente al grado máximo del Grupo funcional en el que se encuadren», lo cual es aplicable también a este supuesto, sin que ello signifique que la misma tenga derecho a percibir además del complemento de destino que ya percibe, por haberse reincorporado al servicio activo de la Administración Autonómica, el de la Administración del Estado para sus Directores Generales, a la que no se ha reincorporado, y mucho menos que éste se le abone con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma.

8. Por lo tanto, la interesada, en virtud del acto que se pretende revisar, ha adquirido un derecho careciendo de los requisitos esenciales para ello, presupuesto indispensable establecido por la normativa aplicable para su adquisición”.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, en cuanto procede declarar la nulidad del acto sometido a revisión.