



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 5 / 2 0 1 4

(Sección 1ª)

La Laguna, a 30 de enero de 2014.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de El Paso en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de los derechos retributivos adquiridos por la Policía Local Municipal por silencio administrativo a raíz de Sentencias 459/2009 y 461/2009 (EXP. 8/2014 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por solicitado por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de El Paso, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio dirigido a declarar la nulidad de los actos presuntos que atribuyeron a los funcionarios de la Policía Local el derecho a percibir el complemento de destino de nivel 20 y los puntos de complemento específico -con su consiguiente repercusión sobre el importe de los trienios- establecidos en el Decreto 21/1997, de 20 de febrero.

2. La legitimación de la Sra. Alcaldesa para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y habilitante de la declaración de nulidad y la competencia de este Consejo para emitirlo resultan del art. 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias en relación con el art. 11.1.D.b) de la misma y con 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. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten un Dictamen de fondo.

* **PONENTE:** Sr. Lorenzo Tejera.

II

1. El 10 de julio de 2008 J.A.M.A., P.A.P.M., L.S.R.L., M.R.L.S., A.A.G.R., J.A.M.R., J.R.L.P., B.N.M.G., A.M.R.P., J.M.L.R., y A.P.C., todos ellos funcionarios de la Policía Local del Ayuntamiento de El Paso, solicitaron que se les reconociera un incremento del nivel de complemento de destino desde el 16, que a la sazón percibían, al 20 y del complemento específico. Esta solicitud la fundamentaban en que Ley 9/2007, de 13 de abril, del Sistema Canario de Seguridad y Emergencias y de modificación de la Ley 6/1997, de 4 de julio, de Coordinación de las Policías Locales de Canarias (en adelante, Ley 9/2007) los había integrado en el Grupo C; por lo que, conforme al Decreto 21/1997, de 20 de febrero, de la Consejería de Presidencia y Relaciones Institucionales del Gobierno de Canarias, sobre homogeneización de los complementos de destino y específico mínimos de los puestos de trabajo adscritos a cuerpos clasificados en los grupos C, D y E (en adelante, Decreto 21/1997) les correspondía percibir ese nivel 20 de complemento de destino y el incremento de puntos del complemento específico fijado en dicho Decreto.

2. La Administración no resolvió expresamente sobre la solicitud.

3. Las Sentencias dictadas en los procedimientos 459/2009 y 461/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 1 de Santa Cruz de Tenerife declararon que los funcionarios habían adquirido por silencio administrativo positivo el derecho a percibir los complementos retributivos solicitados, sin perjuicio de la potestad de revisión de oficio de los actos nulos de pleno Derecho al amparo de lo dispuesto en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

4. El Pleno del Ayuntamiento, por acuerdo de 26 de noviembre de 2013, dispuso la iniciación del procedimiento de revisión de oficio de los referidos actos presuntos por considerarlos incursos en la causa de nulidad del art. 62.1.f) LRJAP-PAC y su acumulación en un único procedimiento. La fecha de iniciación del procedimiento determina que caduque el 26 de febrero de 2014 si antes no se ha resuelto (art. 102.5 LRJAP-PAC).

5. En trámite de audiencia los interesados alegan en primer lugar que las mencionadas Sentencias, que son firmes, impiden iniciar el procedimiento de revisión de oficio porque los actos presuntos están protegidos por la eficacia de cosa juzgada.

Las Sentencias estimaron los recursos de los interesados no por la legalidad intrínseca de lo solicitado, sino porque lo habían adquirido por un acto presunto por silencio positivo, el cual no se impugnó en los recursos que resolvieron dichas

Sentencias, puesto que los recurrentes lo único que pretendieron era la declaración de esa adquisición por silencio. Las resoluciones judiciales accedieron a la pretensión, pero señalaron expresamente que esos actos podrían ser revisados de oficio con base en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

Por esta razón, el procedimiento de revisión de oficio sí se puede dirigir contra los actos presuntos, ya que éstos no están protegidos por el efecto de cosa juzgada de dichas Sentencias, porque éstas no se pronunciaron sobre su legalidad. En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, entre otras muchas, en su Sentencia de 30 de junio de 2003.

En definitiva, las Sentencias dictadas en los procedimientos 459/2009 y 461/2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santa Cruz de Tenerife declararon, sin pronunciarse sobre su legalidad, que los funcionarios habían adquirido por silencio administrativo positivo el derecho a percibir los complementos retributivos solicitados, dejando expresamente a salvo el ejercicio de la potestad de revisión de oficio de los actos nulos de pleno Derecho al amparo de lo dispuesto en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC. Como la legalidad de dichos actos no está protegida por el efecto de cosa juzgada, no hay obstáculo jurídico alguno a que se examine su validez, como señalan las propias Sentencias, a través del procedimiento de revisión de oficio.

6. Los interesados alegan también que no se puede incoar el procedimiento de revisión de oficio sin el previo Dictamen del Consejo Consultivo *“que aconseje”* su iniciación.

Esta alegación no puede ser estimada porque el art. 102.1 LRJAP-PAC exige que el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente sea previo a la declaración de nulidad, no a la incoación del procedimiento dirigido a producir tal declaración; por esta razón el Dictamen se ha de pronunciar sobre una Propuesta de Resolución formulada en el seno de dicho procedimiento, tal como señalan los arts. 50 y 53, a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias (aprobado por el Decreto 181/2005, de 26 de julio).

7. También alegan que se les ha causado indefensión porque no se ha realizado una información previa a la incoación del procedimiento lo que les ha privado de su derecho a formular alegaciones.

Tampoco se puede acoger esta alegación porque la LRJAP-PAC no exige que la iniciación del procedimiento de revisión de oficio sea precedida de una información previa donde se haya de dar forzosamente participación a los interesados. La apertura de una información previa, según el art. 69.2 LRJAP-PAC, es facultativa para el órgano competente para iniciar el procedimiento y la Ley no impone la participación en ella de los interesados. La defensa de sus derechos e intereses se haya plenamente garantizada por los derechos que les reconocen los arts. 35.e) y 84 LRJAP-PAC, los cuales, como resulta de la dicción literal de estos preceptos, se han de ejercer en el seno de un procedimiento ya existente. En el presente caso, a los interesados se les ha notificado la incoación del procedimiento y se les ha dado vista del expediente y trámite de audiencia para alegar lo que a su derecho conviniera antes de redactar la Propuesta de Resolución, conque ninguna indefensión se les ha causado.

8. En las alegaciones presentados por los funcionarios de la Policía Local se argumenta que la potestad de revisión de oficio es excepcional por lo que las causas de nulidad deben ser interpretadas restrictivamente, pero no analizan si las causas de nulidad, que se señalan en el acuerdo de incoación del procedimiento y en los informes previos obrantes en el expediente y a los que han tenido acceso, concurren o no en los actos presuntos a revisar ni razonan por qué se está procediendo en este concreto caso a una interpretación extensiva de ellas, por lo que esta alegación carece de virtualidad obstativa de la declaración de nulidad que se persigue.

9. Asimismo se alega, confusamente y sin aportar un término de comparación - sin el cual es imposible valorar si se ha vulnerado el principio de igualdad- que la Disposición Transitoria IV de la Ley 9/2007 contradice el art. 14 de la Constitución. Al respecto se debe recordar que la Ley, mientras no haya un Sentencia del Tribunal Constitucional que destruya la presunción de constitucionalidad que la inviste, es válida y eficaz y obliga a todos sus destinatarios y a todos los órganos del Estado encargados de su aplicación. Por ello es incorrecto que la Administración mantenga la validez y eficacia de un acto administrativo mediante la inaplicación de un precepto legal por considerarlo inconstitucional.

10. Por último, manifiestan que el presente procedimiento vulnera los límites que a la potestad de revisión de oficio fija el art. 106 LRJAP-PAC. Esta afirmación está horra de cualquier esfuerzo argumental dirigido a demostrar por qué la declaración de nulidad de los actos presuntos en cuestión, ya por prescripción de acciones, ya por el tiempo transcurrido o ya por cualquier otra circunstancia resulta

contraria a la equidad, la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. Como no resulta de manera evidente y clara que tal sea el caso, tampoco se puede estimar esta infundada afirmación.

III

1. El artículo 40 de la Ley 9/2007 modificó la clasificación funcionarial de las Policías Locales de Canarias establecida por el art. 16.1 de la Ley 6/1997, de 4 de julio, de Coordinación de las Policías Locales de Canarias, mediante la creación de una Escala Básica en la que integró los empleos de Oficial -que sustituía al de Cabo- y de Policía adscribiéndolos al Grupo C.

Poco después entró en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), cuyo artículo 76 modificó los Grupos de clasificación profesional de los funcionarios. Su Disposición Transitoria Tercera adscribió a los funcionarios del antiguo Grupo C al Subgrupo C1 del nuevo Grupo C; conque los puestos correspondientes a los empleos de Oficial y Policía, de los Cuerpos de Policía Local, están actualmente adscritos al Subgrupo C1 del Grupo C.

El art. 93 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) en sus dos primeros apartados dispone:

1. Las retribuciones básicas de los funcionarios locales tendrán la misma estructura e idéntica cuantía que las establecidas con carácter general para toda la función pública.

2. Las retribuciones complementarias se atenderán, asimismo, a la estructura y criterios de valoración objetiva de las del resto de los funcionarios públicos. Su cuantía global será fijada por el Pleno de la Corporación dentro de los límites máximos y mínimos que se señalen por el Estado.

El art. 129.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, TRRL (aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril) establece que corresponde al Gobierno central establecer los límites máximos y mínimos de las retribuciones complementarias de los funcionarios de Administración Local.

El art. 3 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, que regula el régimen de retribuciones de los funcionarios de la Administración local (según redacción dada por el artículo único del Real Decreto 158/1996, de 2 de febrero), establece que:

"1. Los intervalos de los niveles de puestos de trabajo de los funcionarios de Administración Local serán los que en cada momento se establezcan para los funcionarios de la Administración del Estado".

El art. 74 EBEP dispone que por medio de las relaciones de puestos de trabajo (RPT) se determinen, entre otros aspectos, las retribuciones complementarias que correspondan a cada puesto de trabajo. Es a este instrumento, ya se considere un acto plúrimo, ya un reglamento, al que corresponde fijar, por tanto, el complemento de destino dentro de los márgenes que la legislación básica estatal establece. Ni por actos administrativos singulares ni por otro tipo de ordenanza municipal puede fijarse el nivel que corresponde a cada puesto de trabajo ni por ende su complemento de destino. Dejando aparte los municipios de gran población, la aprobación de la RPT es una competencia indelegable del Pleno [art. 22.2.i) y 4 LRBRL].

En coherencia con esta legislación básica, el art. 86 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, LFPC, dispone:

"Las Corporaciones Locales Canarias realizarán las relaciones de puestos de trabajo, en las que deberán estar incluidas las retribuciones del personal de sus respectivas Administraciones, atendiendo a los criterios establecidos en la legislación básica del Estado y comunicándolas a la administración de la Comunidad Autónoma".

La LFPC establece, pues, que las retribuciones de los funcionarios de las Administraciones Locales en Canarias se rijan por la legislación básica sin más modulaciones que las que establezcan las propias Corporaciones Locales dentro de los márgenes que delimite dicha legislación básica, y reitera que esas retribuciones han de estar establecidas en la RPT. El art. 86 LFPC remite en lo que concierne a las retribuciones complementarias a los citados art. 93.2 LRBRL y 3.1 del Real Decreto 861/1986, que a su vez nos remiten al art. 71.1 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado (aprobado por el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo), el cual, en relación con la D.T. III EBEP, determina que los intervalos de niveles de los puestos de trabajo que corresponden a los funcionarios del Subgrupo C 1 del Grupo C se encuentren entre un nivel mínimo de 11 y uno máximo de 22. La RPT de cada Ayuntamiento, dentro de esos límites, fijará para cada puesto de trabajo de ese Subgrupo el concreto nivel que le corresponda.

2. En lo que concierne al complemento específico se ha de señalar que el art. 24, b) EBEP contempla una retribución complementaria por *“La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo”* que se corresponde con la que el artículo 23.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP) denominaba complemento específico, respecto al cual el Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración Local, en su art. 4 establece:

“1. El complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo, aunque al fijarlo podrán tomarse en consideración conjuntamente dos o más de las condiciones particulares mencionadas que puedan concurrir en un puesto de trabajo.

2. El establecimiento o modificación del complemento específico exigirá, con carácter previo, que por la Corporación se efectúe una valoración del puesto de trabajo atendiendo a las circunstancias expresadas en el número 1 de este artículo.

3. Efectuada la valoración, el Pleno de la Corporación, al aprobar la relación de puestos de trabajo, determinará aquellos a los que corresponde un complemento específico, señalando su respectiva cuantía.

4. La cantidad global destinada a la asignación de complementos específicos figurará en el presupuesto y no podrá exceder del límite máximo expresado en el artículo 7.2.a) de esta norma”.

Según este precepto, la determinación del complemento específico requiere que primero se realice una valoración de las condiciones particulares del desempeño de cada puesto de trabajo y luego que el Pleno, al aprobar la relación de puestos de trabajo (RPT), determine en ella aquellos a los que corresponde ese complemento retributivo específico y su cuantía. Como ya se indicó, salvo en los municipios de gran población, la aprobación de la RPT es una competencia indelegable del Pleno [art. 22.2.i) y 4 LRBRL]. El único instrumento a través del cual se puede establecer dicho complemento y su cuantía es la RPT. El único órgano que puede aprobar ésta es el

Pleno. Trámite esencial previo a esa aprobación es la valoración por la Administración de las condiciones particulares de cada puesto de trabajo.

3. Los funcionarios fundamentaron su solicitud en el Decreto 21/1997, de 20 de febrero, sobre homogeneización de los complementos de destino y específico mínimos de los puestos de trabajo adscritos a cuerpos clasificados en los grupos C, D y E.

Este decreto, tal como resulta de su parte expositiva y de su articulado, es únicamente aplicable a los funcionarios de la Administración autonómica. Es obvio que un reglamento del Gobierno de Canarias no puede modificar las RPT de los Ayuntamientos ni contradecir el art. 86 LFPC que establece que las retribuciones del personal de éstos se fijarán por las RPT de los Ayuntamientos conforme a la legislación estatal sobre la materia. Se trata de un reglamento que aprueba el Gobierno de Canarias en ejercicio de su potestad de organización de su propia Administración, con el fin de eliminar disfunciones y desigualdades en las retribuciones de sus funcionarios, conque únicamente es aplicable a éstos sin que su ámbito de aplicación pueda extenderse por vía analógica o supletoria a la función pública local.

De lo anterior resulta que las solicitudes de los funcionarios carecían de todo fundamento jurídico y por ende también están huérfanos de toda cobertura jurídica los respectivos actos presuntos que generó la falta de resolución en plazo sobre esas solicitudes.

IV

1. Como resulta de la exposición que se ha hecho de suso de la regulación sobre retribuciones complementarias, el derecho a la percepción de éstas y su concreta cuantía descansa sobre el hecho de que la RPT las atribuya al respectivo puesto de trabajo. Al margen de ella no puede surgir ni el derecho a percibir las ni el derecho a percibir las en determinada cuantía. La previsión al respecto de la RPT se configura así como un requisito esencial para percibir esas retribuciones complementarias en determinada cuantía. Por esta razón la Sentencia, de 12 marzo 1992, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, del Tribunal Supremo, tras declarar que es una doctrina errónea y gravemente dañosa, pues causaría quebranto económico para el interés público y el erario de la Administración Pública, la que reconoce haberes retributivos complementarios a un funcionario antes de que éstos hayan sido fijados en la relación de puestos de trabajo, fijó como doctrina legal que la percepción de

retribuciones complementarias asignada a un concreto puesto de trabajo requiere que en el período temporal por el que se reclaman retribuciones el citado puesto esté dotado con las mismas en el catálogo o relación de puestos de trabajo.

En línea con esta doctrina legal la Sentencia 768/2002, de 6 septiembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias declaró que sólo a partir de la aprobación de dichas relaciones de puestos es cuando surgen para los funcionarios los derechos económicos y de toda índole en ellas reconocidos, de suerte que sólo es posible retribuir las funciones desempeñadas en cada puesto de trabajo de conformidad con dichas RPT.

Por esta razón, los actos presuntos que se pretenden revisar, en cuanto atribuyeron a los funcionarios el derecho a percibir el complemento de destino y el complemento específico en una cuantía superior a la fijada en la RPT del Ayuntamiento, carecen del requisito esencial de que esa cuantía estuviera fijada en dicho instrumento, por lo que adolecen del vicio de nulidad tipificado en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

2. La atribución del derecho a percibir determinadas cantidades retributivas en concepto de complemento de destino y de complemento específico requiere que éstas sean fijadas en la RPT cuya aprobación corresponde al Pleno. Además, la concesión de un complemento específico y consecuentemente también su incremento exige la valoración previa del puesto de trabajo en que se estudien los caracteres del mismo, la dificultad técnica que implica, así como su eventual peligrosidad o penosidad, la dedicación e incompatibilidades que requiere y la responsabilidad que su desempeño supone. Sin esa nueva y previa valoración y la determinación de su cuantía por el Pleno al aprobar la RPT no son posibles incrementos del complemento específico. Un acto presunto por el cual se atribuye a un funcionario local el derecho a percibir dichos complementos en cuantía superior a la fijada por la RPT es un acto que ha sido dictado omitiendo total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido, porque esos incrementos sólo pueden ser fijados por la RPT cuya aprobación corresponde exclusivamente al Pleno y no por ningún otro tipo de acto. El incremento de la cuantía del complemento específico sin una nueva y previa valoración incorporada a la RPT constituye un acto en cuya creación se ha omitido un trámite esencial equivalente a una omisión completa del procedimiento. En este sentido el Dictamen 2230/2007, de 29 de noviembre de 2007, del Consejo de Estado consideró incurso en la causa de nulidad del art. 62.1.e) LRJAP-PAC un acuerdo

plenario que concedió a un funcionario local un incremento del complemento específico sin el esencial trámite previo de una nueva valoración.

Por las razones expuestas, los actos presuntos examinados también adolecen del vicio de nulidad tipificado en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC.

3. El proyecto de de resolución que se dictamina se presenta como una "propuesta de resolución de la Alcaldía", según se expresa inmediatamente antes de su parte dispositiva. En numerosos Dictámenes este Consejo Consultivo ha señalado que la LRJAP-PAC [(art. 103.5) y la LRBRL (arts. 21.1.I) y 22.2.k)] respecto a los actos de la Administración municipal incursos en vicio de anulabilidad, que es de menor trascendencia que el de nulidad de pleno Derecho, atribuyen al Pleno, a fin de su impugnación posterior ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la competencia para declarar su lesividad; y al Alcalde la competencia para proponerle esa declaración en materias de competencia de la Alcaldía. Esta atribución de competencias se realiza con abstracción de cuál haya sido el órgano que dictó el acto anulable. Es decir, la competencia para declarar su lesividad no corresponde al órgano que dictó el acto, salvo el supuesto de que haya sido el propio Pleno.

En la misma línea, el art. 110.1 LRBRL atribuye al Pleno de la Corporación la declaración de nulidad de pleno Derecho de los actos de gestión tributaria, independientemente de cual haya sido el órgano municipal que lo haya dictado.

Con base en esa regulación legal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ante la ausencia en la LRBRL de una atribución expresa de la competencia para declarar la nulidad de pleno Derecho de los actos administrativos que no sean de gestión tributaria, por aplicación analógica de los arts. 103.5 LPC y 22.2.k) y 110.1 LRBRL, ha interpretado que la competencia para declarar la nulidad de pleno Derecho de los actos de la Administración municipal corresponde al Pleno de la Corporación (STS de 2 de febrero de 1987).

La Propuesta de Resolución, tras contestar razonadamente a las alegaciones de los interesados, declara la nulidad de los actos presuntos referidos, pero sin fundamentar jurídicamente dicha declaración, no obstante obrar en el expediente los informes de la Secretaría y de la Intervención que la justifican correctamente. Esta omisión constituye una infracción de lo dispuesto por el art. 54.1.b) LRJAP-PAC y reiterado en el art. 89.1 de la misma; omisión por lo demás fácilmente remediable porque el art. 89.5 permite que la aceptación de informes o dictámenes sirva de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma. Tampoco la Propuesta de Resolución expresa, como le impone el art. 89.3 LRJAP-PAC, los

recursos que contra la resolución definitiva procedan, órgano administrativo o judicial ante el que han de presentarse y plazo para interponerlos. Ambas infracciones deben ser subsanadas en la resolución definitiva.

C O N C L U S I O N E S

1. Los actos presuntos que atribuyeron a los funcionarios J.A.M.A., P.A.P.M., L.S.R.L., M.R.L.S., A.A.G.R., J.A.M.R., J.R.L.P., B.N.M.G., A.M.R.P., J.M.L.R., y A.P.C. el derecho a percibir los complementos de destino y específico en una cuantía superior a la que fijaba para sus puestos de trabajo la RPT de el Ayuntamiento de El Paso incurren en las causas de nulidad definidas en los apartados e) y f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, por lo que es conforme a Derecho que declare su nulidad la Propuesta de Resolución que se dictamina.

2. La resolución del presente procedimiento corresponde al Pleno. La Propuesta de Resolución presenta las deficiencias subsanables que se señalan en el Fundamento IV.3 de este Dictamen.