



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 23 de febrero de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Rector Magnífico de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *revisión de oficio de la Resolución del Rector, de 20 de julio de 2009, por la que se reconoció el derecho al percibo de las retribuciones correspondientes al nivel de complemento de destino 30 a M.H.D. (EXP. 24/2015 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Rector de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria el 21 de enero de 2015 (RE 26 de enero de 2015), es la Propuesta de Resolución formulada en un procedimiento de revisión de oficio tramitado por dicha Universidad.

2. La legitimación del Excmo. Sr. Rector para solicitar el Dictamen, su preceptividad y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de su Ley reguladora, en relación el primer precepto con el art. 102.1, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC. Este último precepto le confiere al Dictamen carácter habilitante, si fuere favorable, u obstativo, si desfavorable, de la declaración de nulidad del acto administrativo del que se trata, utilizando como fundamento para aplicarla el art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

3. El procedimiento se inició de oficio el 28 de noviembre de 2014, fecha de la resolución que lo acordó; en consecuencia, conforme al art. 102.5 LRJAP-PAC, la

* Ponente: Sr. Brito González.

resolución debe dictarse antes del 28 de febrero de 2015, si se quiere evitar la caducidad del presente procedimiento.

4. En el análisis a efectuar es de aplicación la citada Ley 30/1992; Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, Ley de Universidades; Decreto 140/2002, de 7 de octubre, sobre régimen de personal docente e investigador contratado y sobre complementos retributivos sobre el profesorado de las Universidades Canarias; Decreto 30/2003, de 10 de marzo, por el que se aprueban los nuevos Estatutos de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria; y además, específicamente, el art. 27.10 de la Constitución Española.

II

En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en vicios formales que obsten a la emisión de un Dictamen de fondo, constando, entre otros, los siguientes trámites:

- Tras haberse solicitado por el interesado y considerando que *“resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 2.d) de la Ley 3/1997, de 8 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma (“presidentes, directores y asimilados de los organismos autónomos y demás entidades de derecho público de la Administración autonómica”), para quien establece la Disposición Transitoria segunda de la Ley 3/1993, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 1994, que percibirán la retribución económica correspondiente al equivalente al máximo de intervalo que corresponda al grupo de titulación en que se encuentre encuadrado, todo ello atendiendo a lo dispuesto en la Disposición Adicional tercera del Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, sobre remuneraciones del Profesorado Universitario”, el 20 de julio de 2009 se dicta Resolución por el Rector de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria por la que se resuelve: “a) Reconocer a M.H.D. el derecho a percibir, como importe de su complemento de destino, el correspondiente al nivel 30, con efectos económicos del día de la reincorporación a su plaza de Profesor Titular de Universidad, una vez cesado en el cargo de concejal de Gobierno del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria. b) El presente nombramiento no supondrá, en ningún caso, la consolidación de grado distinto al correspondiente a su condición de Profesor titular de Universidad.”.*

- El Servicio de Personal la citada Universidad solicita informe al Servicio Jurídico de la Universidad en relación con la procedencia de iniciar expediente de revisión de oficio de la Resolución del Rector de 20 de julio de 2009.

- Consta asimismo en el expediente que se presentaron otras solicitudes análogas a la que es objeto del presente Dictamen, así como la existencia de procedimientos contencioso- administrativos en trámite en esta materia, por lo que se pide también al Servicio Jurídico se informe sobre el resultado de los mismos.

- El 26 de noviembre de 2014 el Servicio Jurídico emitió informe en el que se concluye la procedencia de iniciar procedimiento de revisión de oficio de la referida Resolución, por incurrir en la causa de nulidad del art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

- El 28 de noviembre de 2014, el Rector dicta Resolución en la que resuelve incoar procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 20 de julio de 2009, por la que se reconoció a M.H.D. el derecho a percibir las retribuciones correspondientes al nivel de complemento de destino 30.

- El 18 de diciembre de 2014, el instructor solicitó al Servicio Jurídico de la Universidad copia compulsada de las Sentencias sobre solicitud de reconocimiento de nivel 30 realizadas por profesores que desempeñaron cargos en la Administración Local, referidas en la fundamentación de la Resolución del Rector de 28 de noviembre de 2014, recaídas en casos análogos al aquí analizado, viniendo a desestimar las pretensiones de los demandantes. Tales sentencias, de 25 de julio de 2013 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 6 de Las Palmas de Gran Canaria, y de 10 de febrero de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 1 de Las Palmas de Gran Canaria, son remitidas el 15 de enero de 2015.

- El 19 de diciembre de 2014 se da trámite de audiencia al interesado, que presenta escrito de alegaciones el 7 de enero de 2015, señalando, por en primer lugar, que su solicitud se realizó ya que tenía conocimiento de que otros profesores universitarios en situaciones similares estaban percibiendo las retribuciones solicitadas; en segundo lugar, que no nos hallamos ante un supuesto de nulidad sino de anulabilidad, habiendo transcurrido el plazo de prescripción para instarla, habiéndose excedido el informe del Servicio Jurídico en cuestiones de legalidad ignorando el principio de seguridad jurídica; y, en tercer lugar, que desde la Resolución de 20 de julio de 2009, ha venido percibiendo de buena fe las

retribuciones que ahora se revisan, causándole su nulidad un daño desproporcionado e injusto por no haberse realizado por su parte ninguna actuación incorrecta.

- El 16 de enero de 2015 se emite informe por el Servicio Jurídico en relación con las alegaciones presentadas por el interesado, refutando las mismas.

III

1. La Propuesta de Resolución viene a concluir la declaración de nulidad de la Resolución del Rector de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, de 20 de julio de 2009, por la que se reconoció el derecho al percibo de las retribuciones correspondientes al nivel de complemento de destino 30 a M.H.D., por entender que la misma incurre en la causa de nulidad de pleno Derecho del art. 62.1.f) LRJAP-PAC, por haber adquirido por medio de aquella resolución un derecho sin tener los requisitos esenciales para ello, pues considera la PR que el sistema de progresión en grados no es propio de los cuerpos docentes conforme a su normativa específica (art. 2 del RD 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado universitario) y que el puesto desempeñado en la Administración local no tiene la consideración de alto cargo de acuerdo con la Disposición Adicional Novena de la Ley 57/1996, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 1993, y el art. 87.3 de la Ley 7/2007, de 17 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

2. Precisamente, por la necesidad de buscar un equilibrio entre el principio de seguridad jurídica, alegado por el interesado, y el principio de legalidad, se contemplan en el art. 62.1 LRJAP-PAC los supuestos tasados y excepcionales, donde la gravedad del vicio de un acto administrativo es tal que conlleva la alteración del principio de seguridad jurídica, haciendo prevalecer el de legalidad mediante la nulidad radical del acto viciado.

En el supuesto que nos ocupa se hace referencia a la posible existencia del vicio grave que establece el art. 62.1,f) LRJAP-PAC, relativo al supuesto de actos que atribuyen facultades o derechos sin que concurren los requisitos esenciales para su adquisición. Por lo demás, el precepto exige que el requisito del que carece el acto tenga que ser esencial. Con esta exigencia el art. 62.1,f) LRJAP-PAC impide que se califique de nulo de pleno derecho cualquier acto administrativo que contradiga el ordenamiento jurídico, sino sólo aquel que atribuya un derecho a una persona que carece manifiesta y claramente de todo presupuesto para el reconocimiento de ese derecho.

La expresión “requisitos esenciales” debe reservarse 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.

En el caso analizado existe un acto nulo de pleno derecho al reconocer al interesado las retribuciones correspondientes al nivel de complemento de destino que solicitó, constituye una infracción manifiesta de la Ley al no reunir el solicitante los requisitos esenciales que la normativa exige para ello.

3. El art. 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 preveía, ya antes de la aprobación del EBEP, que:

“Los funcionarios de carrera que, durante más de dos años continuados o tres con interrupción, desempeñen o hayan desempeñado a partir del 5 de julio de 1977 puestos en la Administración del Estado o de la Seguridad Social, comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre Incompatibilidades de Altos Cargos, exceptuados los puestos de Gabinete con categoría inferior a la de Director General, percibirán desde su reincorporación al servicio activo y mientras se mantengan en esta situación el 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 del Estado fije anualmente para los Directores Generales de la Administración del Estado.”

Sin embargo, tal norma no resulta aplicable a M.H.D., pues, sin perjuicio de que el puesto de Concejal del Ayuntamiento de Las Palmas no se encuentre comprendido en el ámbito de la Ley 25/1983, tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC 202/2003, de 17 de enero de 2003) que *“no puede sostenerse que el incremento retributivo que establece el art. 33.2 de la ley estatal 31/90 sea un aspecto que integre el estatuto básico de los funcionarios, de donde se infiere que la Comunidad Autónoma de Canarias es competente para regular el Estatuto de sus funcionarios respetando la legislación básica del Estado, resultando que no ha establecido norma alguna semejante al art. 33.2 de la Ley de 27 de diciembre de 1990 que sea aplicable a sus funcionarios que hayan desempeñado puestos de alto cargo, habiendo, por el contrario, regulado que los funcionarios docentes de carrera y el personal estatutario del Servicio Canario de Salud, (...) que hayan desempeñado*

puestos en la Administración Autónoma de Canarias o instituciones de la misma durante dos años consecutivos o tres alternos, comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley de 26 de diciembre de 1983 sobre incompatibilidades de altos cargos, percibirán como complemento de destino mientras se mantengan en servicio activo el nivel máximo de intervalo que corresponda a los funcionarios de su mismo grupo y titulación."

Y es que, efectivamente, el art. 87.3 EBEP, vino a consolidar, ahora con carácter básico, la controvertida opción del legislador estatal recogida en el art. 33.2 de la Ley 31/1990 al establecer el referido art. 87.3 una garantía especial para determinados funcionarios (*los funcionarios públicos que hayan sido nombrados altos cargos, miembros del Poder Judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios o que hayan sido elegidos Alcaldes, retribuidos y con dedicación exclusiva, Presidentes de Diputaciones o de Cabildos o Consejos Insulares, Diputados o Senadores de las Cortes Generales y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas*) en su reintegro al servicio activo, que se concreta en un mínimo consistente en que estos funcionarios reciban el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración Pública.

A partir de ese mínimo, las distintas Administraciones Públicas velarán en que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de aquellos funcionarios.

Pues bien, esta norma no es aplicable al caso que nos ocupa, ya que sólo se refiere a Alcaldes, retribuidos y con dedicación exclusiva, o Presidentes de Diputaciones o de Cabildos o Consejos Insulares, pero no a Consejeros, Concejales o Directores Generales de la Entidades Locales.

Lo mismo ha de decirse de lo previsto en la legislación de la Comunidad Autónoma de Canarias, que no contempla este derecho respecto de quien ha ocupado puesto de Concejales, así, el art. 25.3 de la Ley 10/1992, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 1993 dispone: "*Los funcionarios de carrera que desempeñen o hayan desempeñado puestos en la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias o en Instituciones de la misma, comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de Altos Cargos, consolidarán un grado personal equivalente al máximo del intervalo que corresponda al grupo de titulación en que el funcionario esté encuadrado, siempre que hubieren desempeñado estos puestos durante más de*

dos años continuados o tres con interrupción, a partir del 30 de mayo de 1983, con efectos económicos desde el reconocimiento de este derecho por el órgano competente.” Y es que este precepto sólo es aplicable a los que hubiesen desempeñado un alto cargo en la Comunidad Autónoma de Canarias, pero no en otras instituciones o corporaciones como es el presente caso en el que el interesado fue Concejal en el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, y que, además se incardinan en la norma citada sobre incompatibilidad de altos cargos.

Y es que, como ya dijimos, ni los Consejeros, ni los Concejales, ni los Directores Generales de las Entidades Locales, tienen la consideración de altos cargos, ya que el art. 130.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que los órganos superiores y directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación, por lo que no se hayan sometidos al régimen de incompatibilidades de los altos cargos.

Pero es que, además, como señalaba la citada Sentencia del Tribunal Constitucional, los funcionarios docentes tienen su propio régimen, al prever la Disposición Adicional Novena de la Ley 5/1996, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 1997, que *“los funcionarios docentes de carrera y el personal estatutario del Servicio Canario de la Salud que hayan desempeñado puestos en la Administración Autónoma de Canarias o instituciones de la misma durante dos años consecutivos o tres alternativos, comprendidos en el ámbito de aplicación de la legislación sobre incompatibilidades de Altos Cargos, percibirán como complemento de destino mientras se mantengan en servicio activo el nivel máximo de intervalo que corresponda a los funcionarios de su mismo grupo y titulación, con efectos económicos desde el reconocimiento de este derecho por el órgano competente”*.

De lo establecido en dicho precepto, se puede concluir que la percepción por el personal docente de un complemento de destino equivalente al nivel máximo del intervalo que corresponda a los funcionarios de su mismo grupo y titulación, depende de dos requisitos, que en este caso no concurren por su vinculación, que son, que el puesto desempeñado tenga la consideración de alto cargo, y que aquel puesto pertenezca a Administración Autónoma de Canarias o instituciones de la misma (el puesto que desempeñaba el interesado era de Concejal del Ayuntamiento de Las

Palmas de Gran Canaria que como ya analizamos en relación con el art. 87.3 EBEP, no tiene la consideración de alto cargo).

En este sentido, resulta acertada la aclaración hecha por la Sentencia de 25 de julio de 2013, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6, de Las Palmas de Gran Canaria, que es uno de los casos que ha llevado a la Administración a tramitar la actual revisión de oficio, vino a señalar:

“ (...) debe rechazarse expresamente un criterio nominalista en la consideración de Alto Cargo, en base al cual la mera denominación del puesto de trabajo conlleve su consideración como Alto Cargo en tanto que dicha condición ha de ser atribuida única y exclusivamente por la ley.

(...) puesto que lo determinante para que proceda o no el reconocimiento del derecho es la real equivalencia de los niveles retributivos o del estatuto jurídico de la figura, y si, el cargo desempeñado por el recurrente puede considerarse “alto cargo” a tenor del Disposición Adicional novena la Ley 25/1996, que reputa a tales efectos, respecto a los funcionarios docentes de carrera, caso del actor, que hayan desempeñado puestos en la Administración Autónoma de Canarias o instituciones de la misma. Lo cual significa que la pretensión del recurrente de equipararse en complemento a los cargos directivos de la Administración autonómica, y la fundamentación legal utilizada para ello, carece de base jurídica.”

4. Por todo lo expuesto, este Consejo Consultivo comparte el criterio de la PR acerca de la indebida atribución al interesado de un derecho para cuya adquisición no reunía los requisitos esenciales, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, el acto administrativo que lo reconoció es nulo de pleno derecho, procediendo declararlo así a través de la presente revisión de oficio.

Por tanto, procede estimar conforme a Derecho la PR que plantea la declaración de nulidad de pleno derecho de la Resolución del Rector, de 20 de julio de 2009, por la que se reconoció el derecho a percibir las retribuciones correspondientes al nivel de complemento de destino 30 a M.H.D., por carecer del requisito esencial para ello, consistente en su consideración de Alto Cargo a estos efectos.

5. En lo que se refiere a los efectos de la nulidad absoluta en la que incurre la resolución analizada teniendo en cuenta que ésta reconoce el derecho a recibir unas retribuciones que se consideran nulas por ser contrarias a Derecho, dicha declaración de nulidad deberá llevar aparejada, en su caso, la misma sanción de nulidad de todos los actos que se hayan dictado a su amparo y la incoación de los oportunos

expedientes de reintegro de las cantidades indebidamente abonadas, pues lo contrario supondría un enriquecimiento injusto en beneficio de un particular y en claro perjuicio de los intereses generales que amparan a la Administración.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la declaración de nulidad de la Resolución dictada por el Rector de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria con fecha 20 de julio de 2009, por la se *reconoce a M.H.D. el derecho a percibir, como importe de su complemento de destino, el correspondiente al nivel 30, con efectos económicos del día de la reincorporación a su plaza de Profesor Titular de Universidad, una vez cesado en el cargo de concejal de Gobierno del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.* En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad se realizan las observaciones contenidas en el Fundamento III.5.