

Expediente Núm. 27/2013
Dictamen Núm. 46/2013

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 7 de marzo de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 7 de febrero de 2013, examina el expediente relativo a la consulta facultativa realizada por el Ayuntamiento de Laviana en relación con la legalidad de la supresión del reconocimiento de los derechos retributivos inherentes a la condición de alto cargo que desempeñó en la Administración del Principado de Asturias un funcionario de carrera del Ayuntamiento reintegrado a su puesto de trabajo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Contenido del expediente

Por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Laviana de 7 de enero (*sic*) de 2013 se acuerda “solicitar dictamen facultativo del Consejo Consultivo del Principado de Asturias sobre la legalidad de la supresión del complemento

de alto cargo al funcionario municipal” que se especifica. Asimismo, se dispone “dar cuenta de esta petición a la Consejería de Hacienda y Sector Público del Principado de Asturias” y “al Pleno en la primera sesión que celebre”.

La solicitud de consulta se acompaña de una “propuesta razonada para la petición del informe facultativo al Consejo Consultivo del Principado de Asturias”, suscrito el día 7 de febrero de 2013 por el Alcalde de Laviana. En ella se recogen “los motivos que fundamentan esta petición”, entre los que se reseña, en primer lugar, “la propia complejidad del tema, tal y como he podido constatar tras la emisión de sendos informes por parte del Secretario General y de la Interventora municipal (...), en el que estudian la cuestión de si el conocido como ‘complemento de alto cargo’, que en su momento se reconoció por el Ayuntamiento a un trabajador municipal, se ajusta a derecho, teniendo en cuenta los últimos cambios legislativos, derivados de la supresión de dicho complemento en virtud de la aprobación de la Ley del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2013 (*sic*), o si, por el contrario, el mismo se debe mantener, ya que se deriva de la aplicación de la legislación estatal en la materia que, por parte de diversos tribunales, (se) ha venido considerando de carácter básico”.

Completa el contenido del expediente sometido a la presente consulta facultativa un dossier integrado por los siguientes documentos:

a) Solicitud del interesado de reconocimiento de derechos, presentada en el registro del Ayuntamiento de Laviana el día 11 de agosto de 2011, adjuntando la documentación acreditativa de su condición funcional y de los sucesivos nombramientos para el desempeño de diversos cargos -todos ellos iguales o superiores en categoría a la de Director General- en la Administración del Principado de Asturias, teniendo fecha de 10 de agosto de 2011 el Decreto que dispuso su cese en el último de los cargos desempeñados.

b) Informe jurídico de la Secretaria municipal, de 5 de agosto de 2011 (*sic*), en el que se recogen de modo pormenorizado tanto los aspectos relativos a la situación del funcionario reclamante, como los preceptos legales en los que basa su petición, así como abundante jurisprudencia en supuestos similares, y

se concluye que no resultan aplicables a los funcionarios de la Administración local los preceptos contenidos en la legislación de la Comunidad Autónoma, citando concretamente el artículo 10 de la Ley del Principado de Asturias 8/1991, de 30 de julio, de Organización de la Administración del Principado de Asturias, y el artículo 49.8 de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias. Se alude, igualmente, al contenido del artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, sin deducir su posible aplicación al personal de la Administración local, si bien cita jurisprudencia contraria a ello.

c) Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Laviana de 11 de agosto de 2011, por la que se reconocen al funcionario los derechos retributivos inherentes a su condición de alto cargo con fundamento en el artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1991; la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, y el Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias de 26 de enero de 2011, por el que se fijan, con efectos de 1 de enero de 2011, las cuantías de las retribuciones para el personal al servicio de la Administración del Principado de Asturias.

d) Informe del Secretario municipal, de fecha 22 de enero de 2013, en el que se analiza extensamente la cuestión y se concluye que si el reconocimiento del derecho lo hubiera sido con base en lo establecido en la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias dicho derecho habría quedado suprimido tras la entrada en vigor de la Ley del Principado de Asturias 4/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Urgentes en Materia de Personal, Tributaria y Presupuestaria, que en su artículo 3 suprime tal complemento. Examina, también, la posible incidencia de lo establecido en el artículo 87.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), para colegir que no resulta aplicable, y, por último, lo que califica como "punto central de debate", constituido por el artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales

del Estado para 1991. En este punto, tras estudiar la jurisprudencia constitucional al respecto, fundamentalmente la Sentencia del Tribunal Constitucional 202/2003, de 17 de noviembre, conforme a la cual, “y a falta de una declaración expresa que no consta, no puede decirse que el incremento retributivo que establece el artículo 33.2 de la Ley 31/1990 sea, en efecto, un aspecto que integre el estatuto básico de los funcionarios”. Añade que tal sentencia marca un hito, y que tras ella son diversos los pronunciamientos judiciales que ratifican la denegación por parte de distintas entidades locales del reconocimiento del complemento de alto cargo, concluyendo que el derecho reconocido al reclamante no encuentra cobijo literal ni en el artículo 33.2 de la reiterada Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991, ni en el artículo 87.3 del EBEP. Sostiene que en su caso podría tener acomodo en la normativa autonómica ahora derogada por la Ley del Principado de Asturias 4/2012. Finaliza señalando que no existe derecho al complemento de alto cargo para los funcionarios de la Administración local que hayan desempeñado puestos merecedores de tal calificativo y que no sean expresamente los previstos en el artículo 87.3 del EBEP.

e) Informe de la Interventora, de fecha 5 de febrero de 2013, en el que se determina que “esta Intervención solo puede concluir que no encuentra fundamento jurídico alguno que impida la retribución del incremento objeto de este informe por el funcionario (...) o que obligue a su suspensión.

2. Objeto y contexto en el que se realiza la consulta

El objeto de la presente consulta, que con carácter facultativo se solicita por el Ayuntamiento de Laviana, no es otro, tal y como se deja claramente establecido en el dispositivo primero de la Resolución de la Alcaldía de 7 de enero de 2013, que la emisión de “dictamen (...) sobre la legalidad de la supresión del complemento de alto cargo al funcionario municipal” que se cita.

La duda que se formula a este Consejo Consultivo es “si el conocido como ‘complemento de alto cargo’, que en su momento se reconoció por el Ayuntamiento a un trabajador municipal, se ajusta a derecho, teniendo en

cuenta los últimos cambios legislativos, derivados de la supresión de dicho complemento en virtud de la aprobación de la Ley del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2013 o si, por el contrario, el mismo se debe mantener, ya que se deriva de la aplicación de la legislación estatal en la materia que, por parte de diversos tribunales, (se) ha venido considerando de carácter básico”.

3. Con esta tramitación, mediante escrito de 7 de febrero de 2013, registrado de entrada el día 14 del mismo mes, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen facultativo, adjuntando a tal fin copia autenticada de los antecedentes administrativos.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

ÚNICA.- Consulta esa Alcaldía a este Consejo Consultivo acerca de “la legalidad de la supresión del complemento de alto cargo” a un funcionario municipal, y ello “teniendo en cuenta los últimos cambios legislativos, derivados de la supresión de dicho complemento en virtud de la aprobación de la Ley del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2013, o si, por el contrario, el mismo se debe mantener, ya que se deriva de la aplicación de la legislación estatal en la materia que, por parte de diversos tribunales, (se) ha venido considerando de carácter básico”.

La necesidad de preservar el ejercicio regular de la función consultiva por parte de este Consejo nos exige analizar con carácter preliminar las condiciones jurídico-formales y materiales de este tipo de consultas, aspecto ampliamente tratado en nuestro Dictamen Núm. 108/2006.

Manifestamos entonces que el régimen jurídico de una consulta facultativa como la que se nos plantea exige, en el plano jurídico-formal, que sea solicitada por los titulares de la Presidencia de las entidades locales, previo

acuerdo del órgano que resulte competente, y que se acompañe de una propuesta razonada en relación con el asunto sometido a consulta y de toda la documentación correspondiente a la cuestión planteada, comprensiva, en su caso, del expediente administrativo -con el contenido exigible legalmente, junto con un índice numerado de documentos y un extracto de secretaría-, así como de informe del órgano de gestión del expediente e informe del órgano superior encargado de la asistencia jurídica interna a la entidad consultante. Además, la entidad local deberá dar cuenta de la solicitud de dictamen a la Consejería competente en materia de cooperación local.

En el plano jurídico material, la consulta facultativa, que es una manifestación de la cooperación interinstitucional en el ámbito del Principado de Asturias, puede recabarse, en los términos del artículo 14 de la Ley del Consejo, “sobre cualesquiera otros asuntos no incluidos en el artículo 13, cuando por su especial trascendencia o repercusión el órgano consultante lo estime conveniente”.

Al contrario de lo que sucede con la consulta preceptiva, en la que es la Ley la que determina cuándo un órgano institucional del Principado de Asturias, un órgano de su Administración pública o una entidad local radicada en el territorio de la Comunidad Autónoma -todos ellos Administración (aunque alguno solo lo sea en sentido lato) activa- han de consultar al Consejo con carácter previo a la toma de una decisión, en las consultas facultativas es la propia autoridad consultante la que libremente solicita ser ilustrada en el plano jurídico. Esta configuración legal de las consultas facultativas nos lleva a concluir que, a la vista de las exigencias que delimitan materialmente el tipo de asunto que puede ser objeto de una consulta facultativa, siempre que se fundamente debidamente en la petición la especial trascendencia o repercusión del asunto sometido a consulta, este Consejo debe partir de la presunción de admisibilidad de la solicitud de dictamen.

Sin embargo, la obligación de preservar el ejercicio regular de la función consultiva que el Estatuto de Autonomía atribuye a este órgano auxiliar, y que la Ley del Consejo desarrolla, impone que el Consejo examine, mediante el

análisis conjugado de los requisitos jurídico-formales y materiales, la pertinencia de las cuestiones planteadas, con la finalidad de excluir consultas generales, hipotéticas o meramente especulativas o aquellas que solo pretendan que se avale *a posteriori* una decisión ya adoptada por la autoridad consultante, o que enjuicie la regularidad de un procedimiento administrativo tramitado y resuelto por otra Administración; o consultas cuya respuesta situaría objetivamente a este Consejo en posición de terciar o de arbitrar, indebidamente, en un procedimiento administrativo o parlamentario en tramitación, o de dar consejo jurídico, mediante una intromisión oficiosa en un procedimiento, a quien, pudiendo recabarlo en exclusiva, no lo ha solicitado; o consultas que presupongan la invasión por una Administración del ámbito de competencias propio de otra; o consultas potestativas anticipadas que, caso de atenderlas, obligarían a este Consejo a adelantar criterios que debería emitir preceptivamente en un momento posterior del procedimiento, comprometiendo así el carácter final de sus dictámenes.

Entrando en la consulta concreta que se examina, y por lo que se refiere a las exigencias materiales de la misma según han quedado expresadas, a la vista de la documentación que obra en el expediente remitido debe señalarse que, lamentablemente, la Administración local no ha justificado de manera suficiente las razones que la llevan a estimar que el asunto sometido a nuestra consideración resulta ser de “especial trascendencia o repercusión”, pareciendo dar por supuesta la pertinencia de aquella en la sola consideración de su “complejidad”, aun cuando tiene una incidencia estrictamente individual.

A juicio de este Consejo, la exigencia legal de “especial trascendencia o repercusión” ha de quedar referida a su influencia en el interés general o interés público que pudiera quedar afectado y al que la Administración ha de servir, aspecto que no consta acreditado, ni siquiera razonado, en el presente caso, y ello pese a los efectos que la decisión pudiera tener sobre el cumplimiento de la legalidad y el correcto funcionamiento de la Administración o sobre la necesaria integridad del erario público municipal, que podrían verse comprometidas en el futuro de persistir el cobro por uno de sus empleados de

una parte de uno de sus conceptos retributivos sobre cuya legalidad parece albergar dudas razonadas la autoridad consultante; motivos, estos, sí alegados por la Administración pero que no son suficientes para apreciar la concurrencia de la "especial trascendencia o repercusión" que debe reunir la consulta facultativa formulada.

Por otra parte, en un plano formal, el artículo 17 de la Ley del Consejo exige que la solicitud de consulta facultativa se acompañe de una propuesta razonada en relación al asunto que se somete a la consideración de este Consejo Consultivo. Esta exigencia legal solo puede ser cabalmente entendida si tenemos presente que, como establece nuestra Ley reguladora en su artículo 1.1, la naturaleza del Consejo es la de "superior órgano de consulta de la Comunidad Autónoma con preeminencia sobre cualquier otro del mismo carácter"; naturaleza de la que se deriva que los "asuntos dictaminados (...) no podrán ser sometidos a informe ulterior de ningún otro órgano u organismo de las Administraciones" (artículo 3.4). Por ello, la consulta ha de venir acompañada de una propuesta razonada, que ha de ser necesariamente concreta, e ilustrativa acerca de la manera en la que la autoridad consultante pretende, en ejercicio de las competencias que le son propias, "resolver, de forma definitiva, esta problemática situación".

Sucede, sin embargo, que en la presente consulta facultativa, muy lejos de someter a nuestra consideración "una propuesta razonada en relación al asunto a consultar" en el sentido expuesto, lo que verdaderamente suscita y abiertamente plantea la autoridad consultante no es otra cosa que la duda acerca de "si el conocido como 'complemento de alto cargo', que en su momento se reconoció por el Ayuntamiento a un trabajador municipal, se ajusta a derecho, teniendo en cuenta los últimos cambios legislativos, derivados de la supresión de dicho complemento en virtud de la aprobación de la Ley del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2013".

En consecuencia, reformulando la cuestión planteada, la duda de la autoridad consultante versa objetivamente sobre la conformidad a derecho de

su Resolución de 11 de agosto de 2011, una vez que la Ley del Principado de Asturias 4/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Urgentes en Materia de Personal, Tributaria y Presupuestaria, suprimió “el derecho a la percepción por parte de los empleados públicos del incremento del complemento de destino correspondiente a su grado personal o al nivel de su puesto, en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino o concepto equivalente, que la Ley de Presupuestos del Principado de Asturias fije anualmente para los puestos de Director General, establecido en el artículo 49.8 y en la disposición adicional duodécima de la Ley del Principado de Asturias 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública”.

Ahora bien, la base jurídica exclusiva de la Resolución de esa Alcaldía, de 11 de agosto de 2011, que reconoció el derecho a percibir un complemento retributivo a un funcionario de esa Administración fue la legislación del Estado, dado que el ámbito de aplicación personal de la Ley del Principado de Asturias 3/1985, como se deduce de su artículo 1, es la función pública de la Administración del Principado de Asturias, que comprende tanto el personal funcionario como el eventual, así como el personal laboral y el docente, investigador y sanitario, si bien respetando el régimen jurídico propio de aquel y las peculiaridades de este.

Así las cosas, queda claro que lo que persigue la autoridad consultante con la presente consulta facultativa es obtener un asesoramiento acerca de la conformidad a derecho “de la supresión del complemento de alto cargo” que le fue reconocido a un funcionario del Ayuntamiento por un acto anterior emanado de la misma autoridad y basado exclusivamente en la legislación estatal; decisión a la que es ajena la normativa autonómica, incluso una vez modificada. Y no es misión de este Consejo aclarar dudas legales que no resultan pertinentes para la resolución de la cuestión que objetivamente se plantea la autoridad consultante.

Por ello, si la citada autoridad se cuestionara razonadamente la conformidad a derecho de su Resolución de 11 de agosto de 2011 debería recurrir a los procedimientos administrativos reglados para tramitarla; entre

otros, el procedimiento de declaración de lesividad del citado acto a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en virtud de lo establecido en el artículo 103.1, en relación con el 63, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Todo ello en defensa de los intereses públicos en presencia y en orden a restaurar la legalidad que, a la vista de alguno de los informes que obran en el expediente, pudiera entenderse vulnerada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede admitir la solicitud de consulta facultativa formulada por el Ayuntamiento de Laviana sobre “la legalidad de la supresión del complemento de alto cargo al funcionario municipal” que se identifica, por las razones expuestas en el cuerpo de este dictamen.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE LAVIANA.