

Expediente Núm. 156/2014
Dictamen Núm. 150/2014

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 19 de junio de 2014, 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 3 de junio de 2014 -registrada de entrada el día 6 del mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio de los actos en cuya virtud se abonan diversos incrementos retributivos a un empleado del Ayuntamiento.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Gozón de 19 de julio de 2004 se acuerda, vista la propuesta efectuada al efecto, suscribir con el interesado un “contrato por obra o servicio determinado (...)”, como Director de la Escuela Taller ‘.....’ durante el periodo de un año”.

Se incorporan al expediente el contrato referido, un informe de Secretaría expresivo de que en el contrato “se reflejó incorrectamente la cuantía de 1.743,56 € mensuales” cuando “la retribución debería ser

actualmente de 1.563,00 €”, algunas de las nóminas del trabajador entre los años 2004 y 2013, documentación relativa a la relación de puestos de trabajo del taller de empleo (que cuenta con un Director, un “profesor/a E.G.B”, tres monitores y un auxiliar administrativo), una certificación del salario que correspondería “del 1 de noviembre de 2012 al 30 de octubre de 2013” al puesto de “Administrador-Maestro de la Escuela Taller” y una certificación expedida por la Secretaria del Ayuntamiento de Cudillero en la que consta que el afectado trabajó en ese Ayuntamiento “como Director del Taller de Empleo 2012-13”.

2. Mediante providencia de 13 de marzo de 2014, el Alcalde del Ayuntamiento de Gozón solicita informe al Secretario en relación con el procedimiento y normas aplicables “para, en su caso, declarar la nulidad de pleno derecho de los actos aprobados de forma tácita sobre incrementos salariales del puesto de Director de Escuela Taller”. Se consigna en ella que “a partir del 12 de julio de 2004 y hasta la fecha actual de marzo de 2014 se aprobó de forma tácita por la Alcaldía, sin su conocimiento, a través de la firma mensual de las nóminas correspondientes, la ampliación de salario del Director de Escuela Taller”.

3. Con fecha 24 de marzo de 2014, el Secretario municipal libra un informe en el que razona que “hay elementos suficientes para apreciar que el acto tácito ha sido dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia”, por cuanto los salarios de los trabajadores públicos tienen vinculación presupuestaria; que se ha dictado “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”, y que en su virtud adquiere el interesado derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

Se acompaña un detalle de la “relación de hechos que justifican la revisión”, rubricada por el Alcalde el 24 de marzo de 2014, en el que se desglosan todas las percepciones y los excesos abonados al trabajador por meses y años. Se puntualiza que “la primera nómina (...) es 92,02 euros superior a lo establecido en el contrato” (1.743,56 €); la del mes siguiente “es superior en 145,30 €, y así hasta diciembre”, sin que mediara ningún

procedimiento ni causa para esa variación; “con fecha 1 de enero de 2005 se produce un incremento salarial del 2,24% cuando la Ley de Presupuestos Generales del Estado aprobó un incremento del 2% (...). Con fecha 1 de enero de 2006 se incrementa el salario en un 3,45% cuando la Ley de Presupuestos aprobó un incremento del 2%. En agosto se incrementa la nómina nuevamente (...). Con fecha 1 de enero de 2007 se incrementa el salario en un 3% cuando la Ley de Presupuestos aprobó un incremento del 2%. En julio se incrementa la nómina nuevamente (...). Con fecha 1 de enero de 2008 se incrementa el salario en un 4,2% cuando la Ley de Presupuestos (...) aprobó un incremento del 2% (...). En febrero de 2009 se incrementa la nómina sin ningún tipo de procedimiento que lo motive (...). En febrero de 2010 se incrementa la nómina sin ningún tipo de procedimiento que lo motive (...). En julio de 2010 no se aplica (...) la reducción salarial del 5% como al resto de los trabajadores (...). En el ejercicio 2012 (...) no se le ha aplicado la supresión de la paga extraordinaria de diciembre al igual que al resto de los trabajadores (...). En el año 2014 ha percibido en los meses ya liquidados de enero y febrero 1.784,04 € de más”, por lo que, en suma, “ha tenido unos ingresos no justificados (...) de 82.281,86 €”, cuantía que “se seguirá incrementando en las próximas liquidaciones mensuales de nóminas que se vayan haciendo”, y añade que ello “ha supuesto unos gastos superiores al Ayuntamiento en concepto de cuota empresarial que ascienden a 24.684,58 €, ingresados en la Tesorería General de la Seguridad Social”.

4. Mediante Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Gozón de 24 de marzo de 2014, se acuerda “iniciar el procedimiento de revisión de oficio de los actos tácitos de liquidación de nóminas del Director de Escuela Taller de julio de 2004, julio 2005, agosto 2006, julio 2007, febrero 2009 y febrero 2010, así como los de enero 2005, enero 2006, enero 2007, enero 2008 y junio 2010”, considerando que en los referidos meses “se incrementa la nómina sin amparo en resolución, acto o acuerdo o disposición legal”. Se razona, incorporando el contenido del informe previo, que se incurre en los vicios de nulidad del artículo 62.1, apartados a), b), e) y f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, precisando, respecto al último de ellos, que “el art. 154 TRRL dice que la Ley de Presupuestos del Estado fijará los límites al crecimiento de las retribuciones o gastos de personal” de las entidades locales.

En el mismo acto se acuerda evacuar el trámite de alegaciones y “dar información pública por plazo de 20 días, publicándose en el Boletín Oficial del Principado de Asturias”. Se incorpora a las actuaciones una copia del anuncio remitido para la apertura del trámite de información pública y de su publicación, expresándose en uno y otra que durante el plazo de 20 días el expediente “podrá ser examinado por cualquier interesado en las dependencias municipales para que se formulen las alegaciones que se estimen pertinentes”.

5. Evacuado el trámite de audiencia, que se entiende con el interesado y con las representaciones sindicales del Consistorio, presenta el primero un escrito de alegaciones el 21 de abril de 2014 en el que opone la prescripción de acciones, considerando que resulta de aplicación el plazo de un año para las nacidas del contrato de trabajo. Invoca, igualmente, “la inseguridad jurídica” que provoca la revisión de percepciones “de hace diez años”. Manifiesta que “posteriormente a 2004 se firmaron (...) varios contratos” con los que “pudieran estar relacionados” los sucesivos incrementos, y que, aunque “se trataba de contratos de obra o servicio determinado (...), posteriormente se dictó en 2008 sentencia (actualmente firme) declarando la extinción contractual llevada a cabo por ese Ayuntamiento como despido improcedente y declarando al dicente como trabajador indefinido”, siendo readmitido “en el puesto que el Ayuntamiento, según su poder de dirección (...), estimó oportuno y con el salario que percibía la persona que anteriormente ocupó dicho puesto./ A raíz de eso el Ayuntamiento intentó por todos los medios el despido del dicente, produciéndose de hecho nuevos despidos en julio de 2010 (declarado improcedente en sentencia firme), encontrándose aún en ejecución de dicho despido, adeudándole en estos momentos ese Ayuntamiento (...) la cantidad de 90.584,31 euros de principal y 15.723,83 euros de intereses y costas provisionales, según Auto de 3 de abril de 2014 del Juzgado de lo Social N.º 1

de Avilés (...), cuya copia se adjunta (...). En 2013, sin ni siquiera haber procedido a la readmisión judicialmente acordada, es el dicente (...) víctima de un nuevo despido” cuya nulidad se declara por Sentencia del Juzgado de lo Social N.º 1 de Avilés, que condena igualmente al pago de una “indemnización de 25.000 euros a favor del dicente (cantidad, por supuesto, no abonada aún) por vulneración de derechos fundamentales”.

Refiere que “tanto el actual Alcalde, como el anterior, al igual que el Secretario, se encuentran imputados en las diligencias previas” que cita “del Juzgado de Instrucción N.º 5 de Avilés (...) por un delito de desobediencia, ante su contumaz negativa al cumplimiento de resoluciones judiciales en relación al despido”. Se alude igualmente al criterio de equidad, reseñando el interesado que “es el único trabajador del Ayuntamiento (con antigüedad suficiente) al que no se le abona complemento alguno por trienio o antigüedad, ello amparándose en las cláusulas de absorción y compensación”. Se indica también que “no cabe discusión alguna” en torno al salario, por cuanto una sentencia firme “establece en sus hechos probados que el salario diario del compareciente es de 104,80” euros.

6. Con fecha 5 de mayo de 2014, el Secretario de la Corporación elabora un informe en el que desestima las alegaciones formuladas, reseñando que, “a los efectos de aplicar los principios de buena fe y confianza legítima, es indispensable valorar la incidencia que ha tenido la propia actuación del interesado en la nulidad del acto”, pues entre las funciones del Director del Taller de Empleo “.....” figuraban las de “ejercer la jefatura del personal adscrito al centro, ordenar gastos y pagos de acuerdo con el presupuesto del centro” y, además, “tenía a su cargo (un) auxiliar administrativo encargado del control de nómina y contratos entre otras tareas”, por lo que “era plenamente consciente de las modificaciones al alza de las nóminas y que en ningún momento dio cuenta de esa circunstancia al Ayuntamiento (...). Así, las irregularidades en las nóminas traen causa en actos administrativos aprobados de forma tácita, sin conocimiento de la Alcaldía”, siendo “el propio beneficiario (...) perfectamente conocedor” de tal irregularidad. En relación con el criterio de

equidad, subraya que “en el periodo 2009-2012, en un contexto de congelación y disminución salarial”, los empleados del Ayuntamiento sufrieron un recorte medio del 15% mientras que el afectado “tiene un incremento salarial del 10%”.

Añade que, “tal y como establecen las distintas leyes de presupuestos de los años 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012, serán nulos de pleno derecho los acuerdos adoptados en materia de retribuciones del personal laboral que impliquen incrementos salariales para ejercicios sucesivos contrarios a lo que determinen las sucesivas leyes de presupuestos. En el mismo sentido se pronuncia el art. 21 del EBEP”.

7. Mediante Decreto de 3 de junio de 2014, el Alcalde del Ayuntamiento de Gozón formula propuesta de resolución en el sentido de desestimar las alegaciones presentadas por el interesado, y considera que procede la declaración de nulidad “de los actos tácitos de liquidación de nóminas” objeto del procedimiento, en la medida en que la retribución del afectado ha de ser de “1.563,00 euros mensuales y 21.882,00 euros anuales”. En el mismo acto se acuerda la suspensión del procedimiento por el tiempo que medie entre la petición de dictamen al Consejo Consultivo y la recepción del mismo.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito 3 de junio de 2014, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio de los actos tácitos de liquidación de nóminas del Director de la Escuela Taller, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo del Principado de Asturias emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra I), de la Ley del

Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra l), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gozón, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), el Ayuntamiento de Gozón se halla debidamente legitimado en cuanto autor de los actos cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

TERCERA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que este se configura como instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de analizar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En tal sentido, debemos comenzar por analizar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio. La LRJPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a hacer una referencia al "órgano competente". Por ello, tratándose de una entidad local, hemos de acudir al régimen establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), y en su normativa de desarrollo. En concreto, a la hora de determinar qué órgano es el competente, debemos acudir a la norma reglamentaria de aplicación, contenida en el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. Este precepto atribuye la competencia al órgano municipal respectivo en relación con sus propios actos, disponiendo que, sin perjuicio de las previsiones

específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, “los órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos, en los términos y con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”.

Consecuentemente, este Consejo entiende que puede sostenerse la competencia de la Alcaldía para la revisión de oficio de sus propios actos. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones (entre ellas, Sentencia de 27 de abril de 1988, Sala de lo Contencioso-Administrativo).

En el supuesto planteado, hemos de detenernos en la naturaleza del acto que se impugna. Ante todo, el objeto de la revisión no es la plantilla de personal ni la fijación de los conceptos retributivos que la ley reserva al Pleno, ya que no se cuestiona la regularidad de esos acuerdos, y tampoco puede ser el acto material de confección de las nóminas -el cual no conlleva creación, modificación o extinción de derechos y cuyos vicios o errores habrían de ser depurados por el cauce de la rectificación-, ya que no nos enfrentamos a un supuesto “error” que puntualmente pudiera haberse cometido, sino a una cascada o sucesión de decisiones administrativas -tácitas o implícitas-, dotadas de un contenido autónomo, por las que se mejora la retribución de un empleado fuera del marco legal de referencia. En la medida en que los “actos tácitos de liquidación de nóminas” que ahora se impugnan no encuentran reconocimiento en ninguna decisión plenaria -al contrariar, precisamente, la estructura salarial vigente en el Consistorio-, hemos de entender que aquellos actos tácitos que operan como presupuesto de la confección material de las nóminas incumben al Alcalde, en cuanto ejerce la jefatura superior de todo el personal, conforme a lo dispuesto en el artículo 21.1.h) de la LRBRL, o como ordenador de pagos, según la letra f) del mismo precepto, por lo que es claro que corresponde al mismo la facultad de revisar de oficio tales actos.

Por otro lado, se han cumplido los trámites esenciales del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente al interesado, se ha adoptado un acuerdo de iniciación y se han elaborado un informe y una propuesta de resolución que responden a la obligación legal de motivación,

impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 54.1.b) de la LRJPAC.

En cuanto al plazo para la resolución, con arreglo a lo establecido en el artículo 102.5 de la LRJPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de tres meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Comoquiera que la Alcaldía adoptó el acuerdo de incoación el día 24 de marzo de 2014, una vez transcurridos los tres meses habría de declararse por aquel órgano la caducidad del procedimiento, si bien, al haberse acudido a la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución desde la petición hasta la emisión de dictamen por este Consejo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC, hemos de concluir que no ha transcurrido el plazo máximo legalmente establecido, debiendo reanudarse su cómputo el día de recepción de este dictamen.

No obstante, advertimos la concurrencia de determinadas irregularidades en la tramitación. En primer término, no se justifica la apertura de un trámite de información pública, en cuanto se desconoce qué potencial ventaja otorga a terceras personas la condición de interesadas en el procedimiento.

También hemos de señalar que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a los interesados, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Falta igualmente todo acto formal de incorporación de los antecedentes que sirven de fundamento a la resolución de inicio, lo que pudiera provocar indefensión, al evacuarse el trámite de audiencia en la misma resolución inicial, si bien no cabe ignorar que del escrito de alegaciones se deduce que el perjudicado conoce aquellos antecedentes.

Asimismo, a la luz de los escritos de incoación, alegaciones y propuesta de resolución, se constata la ausencia de cierta documentación relevante. No se incorporan todas las nóminas que tratan de revisarse, sino solo algunas de

ellas, ocultándose las incidencias relativas al despido y a la posterior readmisión del trabajador, así como la aparente falta de pago de algunas de las mensualidades que se computan para el reintegro, hasta que el perjudicado suscita estos extremos en el trámite de audiencia. Tampoco se aportan los sucesivos contratos firmados -ya que el primero lo es por un año-, ni las resoluciones judiciales que reconocen al trabajador la naturaleza de indefinido no fijo, su readmisión ante posteriores despidos, las cantidades que le adeuda el Consistorio o su derecho a ser readmitido con una indemnización por vulneración de sus derechos fundamentales. Al respecto, se limita el Ayuntamiento a indicar que esos procesos judiciales son ajenos a la sustancia que aquí se ventila, admitiendo así su existencia; sin embargo, no cabe reputar extraños a un proceso de revisión aquellos elementos -sentencias y autos recaídos en ejecución- que, aunque no presenten el rasgo de identidad que caracteriza a la cosa juzgada, sí versan sobre la misma relación laboral cuya remuneración se impugna e imponen obligaciones ciertas al Consistorio que bien pudieran consistir en la readmisión del trabajador en unas condiciones o categoría que pugnen -en todo o en parte- con la anulación que aquí se persigue. En suma, las deficiencias del expediente instruido obstan un pronunciamiento de fondo sobre la nulidad y sus consecuencias, pero, a juicio de este Consejo, no impiden valorar la concurrencia de los límites de las facultades revisoras, *ex* artículo 106 de la LRJPAC, toda vez que lo actuado arroja información suficiente sobre el tiempo transcurrido, la actitud de los contendientes y su recta significación.

CUARTA.- Entrando en el fondo del asunto, hemos de reparar en que el Ayuntamiento pretende la revisión de unas percepciones salariales que se remontan al año 2004, que han experimentado múltiples y sucesivas variaciones y que corresponden a una relación laboral sometida, en más de una ocasión, a los tribunales de justicia, quedando de manifiesto el abierto enfrentamiento entre las partes que precede a la decisión de inicio de este procedimiento.

Ante todo, la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, constituye un procedimiento excepcional. Este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, bien por propia iniciativa o a instancia del interesado, sin intervención judicial, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad. En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la LRJPAC consagra ciertos límites al ejercicio de las facultades revisoras. En concreto, el artículo 106 establece que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada “cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

Pues bien, la aplicación al supuesto aquí examinado de esta exclusión legal no ofrece dudas. Con independencia de si concurren o no causas de nulidad, lo cierto es que el mismo acuerdo de incoación subsigue a una decisión adversa de los tribunales, que reiteradamente condenan al Ayuntamiento a la readmisión del empleado e incluyen el abono de una cuantiosa suma, frente a lo cual el Consistorio invoca haber desconocido -a lo largo de diez años y a pesar de esas vicisitudes- las percepciones salariales efectivas del trabajador, al tiempo que exhuma un salario debido que es ya inferior al que explícitamente figura en el contrato firmado en 2004, y prescinde de traer al expediente los pronunciamientos judiciales que rodean la controversia.

Sin que pueda -o deba- admitirse que el Ayuntamiento ignoraba todo un cúmulo de incidencias que se suceden, año tras año desde 2004, sobre la nómina del Director de la Escuela Taller, la pretendida anulación de oficio -en cuanto se dirige al reintegro de percepciones fuera del plazo de prescripción por el que se rigen- quebraría, a la luz del prolongado consentimiento y el silencio que las partes guardan al respecto en sede judicial, los límites que enuncia el artículo 106 de la LRJPAC; en especial, los principios de equidad y buena fe y el derecho de los particulares. El tiempo transcurrido -unido a la evidencia de que las irregularidades eran conocidas por el Consistorio y no fueron suscitadas hasta el fallo judicial adverso- no permite ahora privar de sus efectos a las decisiones administrativas en la búsqueda de una vía oblicua que salve los

estrictos plazos de prescripción de las acciones que nacen del contrato de trabajo.

Por tanto, cabe apreciar que, al margen de cualquier consideración sobre su hipotética nulidad de pleno derecho, la revisión de los actos en cuya virtud se satisfacen los incrementos retributivos al perjudicado desconoce los límites que al efecto establece el artículo 106 de la LRJPAC.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos en cuya virtud se abonan diversos incrementos retributivos al Director de la Escuela Taller “.....” del Ayuntamiento de Gozón.”

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 GOZÓN.