EXPEDIENTE: 159/17

SOLICITANTE: Ayuntamiento de La Rambla

OBJETO: Indemnizaciones y dietas a funcionario en prácticas. Reintegro de pagos indebidos.

El Ayuntamiento solicita a este Servicio Jurídico informe sobre las siguientes cuestiones:

- Sobre la posibilidad de que el Secretario-Interventor interino D. xxxxxxxxxxxxxxx xxxxxx que aprobó el proceso selectivo de Funcionario de Administración Local con habilitación de carácter nacional pudiera percibir adicionalmente a su particular régimen retributivo como funcionario en prácticas, dietas por alojamiento y estancia durante la realización del correspondiente curso selectivo.
- Sobre el procedimiento administrativo a seguir por el Ayuntamiento para requerir a aquel funcionario el reintegro de determinadas cantidades pagadas incorrectamente.

NORMATIVA APLICABLE

- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LBRL.
- RDL 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de las Disposiciones vigentes en materia de régimen local, TRRL.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPACAP.
- RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, TREBEP.
- RD 456/1986, de 10 de febrero, por el que se fijan las retribuciones de los funcionarios en prácticas.
- RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio.
- Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, LGP.
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, TRLRHL.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, LJCA.

INFORME

PRIMERO.- Aproximación al concepto de funcionario en prácticas.

Antes de analizar las cuestiones sometidas a informe resulta conveniente hacer una precisión sobre el concepto de funcionario en prácticas.

El funcionario en prácticas es aquel que se encuentra en período de prácticas o desarrollando un curso selectivo de cara a su posterior incorporación a la función pública como funcionario de carrera en un determinado Cuerpo o Escala.

El personal que acceda a esta situación podrá hasta su nombramiento como funcionario en prácticas bien estar desempeñando servicios remunerados en la Administración como funcionario de carrera, funcionario interino o personal laboral, bien no tener vinculación alguna con una Administración Pública. En el primer caso, el TS considera que *"... lo decisivo es la situación administrativa en que está el funcionario que aprueba un proceso selectivo, y ante la falta de una previsión legal específica legal, debe ser la de funcionario en activo..."* (STS de 26 de abril de 2007).

Esta consideración determinaría que durante el tiempo en que duren las prácticas aquel funcionario mantenga respecto a la Administración de la que es empleado público derechos y obligaciones inherentes a esta condición si bien con determinadas singularidades como por ejemplo la relativa a su régimen retributivo que es objeto de una regulación específica en el RD 456/1986, de 10 de febrero, por el que se fijan las retribuciones de los funcionarios en prácticas.

Consecuencia también de esta condición, es que el funcionario en prácticas deberá incorporarse necesariamente a su puesto de trabajo de origen una vez finalizado el curso selectivo o período de prácticas, hasta en su caso, su toma de posesión como funcionario de carrera en el nuevo Cuerpo o Escala (artículo 2,2, del RD456/1986).

SEGUNDO.- Posibilidad de que el funcionario nombrado en prácticas perciba adicionalmente a su particular régimen retributivo dietas por alojamiento y estancia durante la realización del curso selectivo para el acceso a la condición de funcionario de carrera.

Partiendo de que cualquier empleado público tiene derecho a la formación contínua y actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral como establece el artículo 14,g) de TREBEP, ha de concluirse que este derecho es incuestionable en el supuesto de que dicha capacitación resulte obligada como consecuencia de la superación de un proceso selectivo. El Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular y afirma que en este caso el empleado público nombrado funcionario en prácticas tiene *"... derecho al correspondiente permiso o licencia por estudios para la realización del curso selectivo..."* (STS de 30 de abril de 2007).

Sentado lo anterior la siguiente cuestión es determinar si dicha licencia generaría o no derecho a percibir las indemnizaciones previstas en la normativa aplicable, esto es, en el RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio.

El RD referido establece que el mismo resulta aplicable al *"personal al servicio de las Corporaciones Locales, tal y como prevé su legislación específica*" (artículo 2,1,e), incluyendo dicho personal (artículo 2,2) *"... el personal ... con prestación de servicios de carácter permanente, interino, temporal o en prácticas..."*.

Por su parte, el artículo 3,1 del RD sienta las bases de los supuestos que generan derecho a indemnización y define las comisiones con derecho a ella como aquellos "*cometidos especiales que circunstancialmente se ordenen al personal... y que deba desempeñar fuera del término municipal donde radique su residencia oficial, entendiéndose como tal el término municipal correspondiente a la oficina o dependencia en que se desarrollen las actividades del puesto de trabajo...*". Las comisiones de servicio que además respondan a determinados parámetros podrán considerarse como comisiones de residencia eventual (artículo 6 del RD) con las particularidades indemnizatorias establecidas en el artículo 16 del RD.

Finalmente el artículo 7, del RD contiene determinados supuestos que se consideran en todo caso como comisiones con derecho a indemnización, concretamente las *"derivadas de la asistencia a cursos convocados por la Administración"*, entendiendo por tales los *"...cursos de capacitación, especialización o ampliación de estudios, y en general, los de perfeccionamiento convocados por las Administraciones Públicas, así como a las de los módulos o cursos de capacitación o formación para el ascenso de los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o a la de cursos selectivos para ingreso en Cuerpos o Escalas mediante la superación de pruebas de promoción interna..."*.

Pudiendo considerarse el curso selectivo al que acude el funcionario nombrado en prácticas como un curso de capacitación o especialización de los del artículo 7, y estando éste dentro del ámbito subjetivo de aplicación del RD, la conclusión es que la realización del mismo amparada en la correspondiente licencia municipal generaría derecho a percibir las indemnizaciones oportunas.

Otra cuestión es la relativa a la determinación de las correspondientes indemnizaciones a percibir, que dependerá de la concreta calificación que el Ayuntamiento realice del curso ya que como dispone el referido artículo 7 del RD, salvo los supuestos del apartado 2, que siempre tendrán la consideración de comisión de servicio de residencia eventual, los restantes supuestos podrán ser indemnizados en función de su duración y tipo de alojamiento *"o como comisión de servicio o como comisión de servicio con la consideración de residencia eventual"*.

Correspondió, por tanto, al Ayuntamiento determinar mediante acto expreso el tipo de comisión de servicio que correspondía al concreto supuesto y en consecuencia la clase y cuantía de las indemnizaciones debidas en aplicación de las circunstancias contenidas en el RD. De esta forma, si el acuerdo municipal adoptado en su día se ajustó a aquella regulación no resultaría procedente instar reclamación de cantidad alguna al interesado.

TERCERO.- Procedimiento administrativo a seguir para requerir la devolución de cantidades pagadas indebidamente por distintos conceptos retributivos e indemnizatorios.

La segunda cuestión planteada por el Ayuntamiento se refiere al procedimiento que en su caso tendría que seguir para requerir al afectado la devolución de cantidades pagadas indebidamente por distintos conceptos.

En relación a esta cuestión hay que indicar que en primer lugar habrían de identificarse los actos que amparasen las cantidades pagadas indebidamente. Con base en el escrito remitido por el Ayuntamiento serían al menos los siguientes actos:

- El acto resolutorio de la solicitud planteada por el interesado con fecha 3 de julio de 2015, para reconocimiento de grado personal y de antigüedad, en cuya virtud se confeccionaron todas las nóminas con los haberes correspondientes, que habrá de analizarse al amparo de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Séptima, de 11 de mayo de 2012, a fin de determinar la exacta situación administrativa del interesado y las retribuciones a percibir en consecuencia.

- Los actos en virtud de los que se aprobó y liquidó el pago de dietas en concepto de asistencia a Tribunales de pruebas selectivas de los que formó parte el interesado como funcionario interino, para determinar las abonadas indebidamente.

- El Decreto de Alcaldía número 2016/00002074, de 13 de octubre de 2016 (documento de liquidación y finiquito), por el que se acordó la liquidación y el abono de haberes pendientes y devengados por el interesado a la fecha de su cese, el 20 de octubre de 2016, que deberá revisarse analizando los permisos verdaderamente indemnizables para calcular las cantidades que fueron pagadas indebidamente.

Identificados los actos administrativos afectados el Ayuntamiento tendría que determinar en qué modo habrían de ajustarse aquellos actos para bien rectificarlos, bien

anularlos, total o parcialmente, estableciendo así el importe de las cantidades pagadas indebidamente y que habrían de reclamarse al interesado para su reintegro a la hacienda pública.

El artículo 77 de la LGP, aplicable en virtud de la remisión que efectúa el propio artículo 2,2 del TRLRHL, reconoce dos tipos de pagos indebidos atendiendo a la irregularidad en que ha incurrido la Administración en los actos de los que traen causa:

- Por un lado, los pagos realizados por error material, aritmético o de hecho a favor de personas en quien no concurra derecho alguno de cobro frente a la Administración con respecto a dicho pago o en una cuantía superior a las consignadas en el acto o documento reconocedor del derecho, que denomina estrictamente como “pagos indebidos” y para cuya determinación remite al procedimiento previsto en el artículo 109,de de la LPACAP.

- Por otro lado, los restantes pagos que no tienen la consideración de “pagos indebidos” del punto anterior, para cuya determinación obliga a acudir bien a los procedimientos de revisión de oficio de actos nulos o anulables previstos en la normativa reguladora del procedimiento administrativo común (artículo 107 LPACAP), bien a los procedimientos específicos establecidos en las normas reguladoras de los distintos ingresos según la causa que determine su invalidez.

Por tanto, para la determinación de las cantidades pagadas incorrectamente por el Ayuntamiento resultará necesario verificar si el desajuste o irregularidad en que ha incurrido el Ayuntamiento en el acto o actos que las amparan supone un simple error material o de hecho o si por el contrario excede de esa consideración. Ello obliga a realizar un análisis teórico de cada uno de los supuestos.

Hay que señalar que la facultad contenida en el artículo 109,2 de la LPACAP que habilita a la Administración a rectificar en cualquier momento los errores materiales, de hecho o aritméticos de sus actos requiere como ha señalado la jurisprudencia, por su propia naturaleza, una interpretación restrictiva que impide la corrección de errores jurídicos, habiendo de limitarse a los supuestos en que el propio acto administrativo sea revelador de una equivocación manifiesta y evidente por sí misma sin afectar a la idéntica pervivencia del

mismo, lo que excluye los juicios valorativos y la modificación del sentido y contenido del acto (STS de 3 de octubre de 2000, de 31 de octubre de 2000 y de 29 de septiembre de 2011). En parecidos términos se expresa la STSJ de Castilla-La Mancha, de 30 de octubre de 2000, cuando dice que " *la técnica de la rectificación de errores no está pensada para casos en que se altera el contenido básico del acto administrativo objeto de corrección, ni cuando la justificación del cambio que se opera obedece a declaraciones conceptuales de inequívoco carácter jurídico"*.

Varios son los requisitos exigidos por el TS para apreciar la existencia de errores materiales o de hecho:

- Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos.
- Que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte.
- Que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables.
- Que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos.
- Que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto.
- Que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir que no genere la anulación o revocación del mismo.
- Que se aplique con un hondo criterio restrictivo.

Resulta obvio que las desviaciones o irregularidades en que han incurrido los actos municipales que han dado lugar al pago de determinadas cantidades a favor de D. xxxxxx xxxxxxxxx, no pueden corregirse o eliminarse mediante una una simple rectificación o sustitución de datos, sino que es necesario realizar un proceso valorativo de mayor alcance. Por ello ha de concluirse que no resulta aplicable el artículo 109,2 de la LPACAP para ajustar los actos afectados y determinar las cantidades indebidamente pagadas que habrían de reintegrarse por el interesado.

En consecuencia el Ayuntamiento ha de proceder necesariamente como impone el artículo 107 de la LPACAP, que obliga a la previa declaración de lesividad del acto o actos

que ampararon los pagos indebidos y a su posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa con la finalidad de anularlos total o parcialmente en cuanto a las cantidades pagadas indebidamente como paso previo para instar su reintegro.

Como señalan los Tribunales *"la actividad correctora de las Administraciones Públicas, realizada de manera directa e inmediata y sin sujeción a procedimiento, solamente cabe en los supuestos de equivocaciones de carácter material o aritmético porque, en otro caso, la*

rectificación debe someterse al riguroso trámite de la previa declaración de lesividad y ulterior impugnación jurisdiccional previsto en la Ley...". Resulta igualmente clarificadora la sentencia del TSJ de Andalucía, Granada, de 7 de diciembre de 1999, cuando dice que procedería este cauce cuando más que mantener el acto sobre el que actúa subsanado el pretendido defecto o error imputado, lo que se está haciendo es *"... revisarlo, anularlo o sustituirlo por otro, alterando su contenido esencial y poniendo en juego para ello apreciaciones conceptuales susceptibles de contraste controvertido..." .*

La declaración de lesividad constituye un nuevo acto administrativo discrecional mediante el cual la Administración declara que un acto suyo anterior generador de derechos a favor de terceros y anulable, es lesivo para el interés público. En consecuencia la Administración resulta obligada a declararlo lesivo y a impugnarlo ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo asumiendo la posición procesal de demandante y colocando al favorecido por el acto administrativo como demandando.

En el ejercicio de esta particular potestad revisoria el Ayuntamiento ha de estar a lo siguiente:

- El procedimiento se inicia de oficio.
- Los actos administrativos cuya lesividad se pretende declarar han de ser firmes, favorables para el interesado, anulables y causantes de una lesión jurídica y/o económica a la Administración, extremos todos que habrán de quedar acreditados en el informe o informes oportunos.

- La declaración de lesividad "...no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo" (artículo 107 LPACAP).
- En cualquier caso, esta facultad de revisión no podrá ser ejercida 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 las leyes (artículo 110 LPACAP).
- La declaración de lesividad no es susceptible de recurso, si bien podrá notificarse a los interesados a los meros efectos informativos.
- Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad de dicho procedimiento.
- El órgano competente para declarar la lesividad es el Pleno de la Corporación (artículo 22,2 k de la LRBRL), si bien la iniciativa para proponerla al Pleno es competencia del Alcalde en materias de su competencia (artículo 21,1,i LRBRL).
- Declarado lesivo el acto o actos municipales, el Ayuntamiento habrá de interponer el correspondiente recurso de lesividad en el orden contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha en la que se declaró aquella lesividad (artículo 46,5 LJCA).

Finalizado el proceso contencioso-administrativo la sentencia que determine la nulidad total o parcial de los actos afectados en cuanto a las cantidades indebidamente incluidas en los mismos y pagadas al interesado colocará a éste en la obligación de proceder a su restitución por lo que la Administración podrá instar su reclamación frente a él.

Las cantidades a reintegrar constituirían un derecho económico a favor del Ayuntamiento de naturaleza pública y por tanto para la efectividad de su ingreso se utilizarán los procedimientos recaudatorios correspondientes, gozando la Administración "...de las prerrogativas establecidas para los tributos en la Ley General Tributaria y de las previstas en el Reglamento General de Recaudación" como dispone el artículo 10 de la LGP, aplicable por remisión del artículo 2,2 del TRLRHL.

Finalmente hay que señalar que el reintegro de pagos indebidos o declarados inválidos devengará el interés previsto en el artículo 17 de la LGP desde el momento en que se produjo el pago hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, o en su caso, hasta la fecha en que el perceptor proceda a la devolución voluntaria de los fondos percibidos sin el previo requerimiento de la Administración (artículo 77,4 LGP).

CUARTO.- Algunas consideraciones sobre conceptos retribuidos por el Ayuntamiento.

Se entiende conveniente realizar una serie de reflexiones sobre algunos de los conceptos retribuidos por el Ayuntamiento en orden a su consideración.

Por lo que respecta a los permisos por asuntos particulares y vacaciones, habrá de estarse a lo establecido en los artículos 48 y 50 del TREBEP, a la Resolución de 16 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se modifica la de 28 de diciembre de 2012, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, aplicable igualmente al personal de la Administración Local y a la jurisprudencia aplicable en la materia. De forma breve se indica lo siguiente:

- Los permisos retribuidos por asuntos particulares no responden al concepto de descanso que caracteriza a las vacaciones sino que pretenden responder a necesidades particulares del funcionario no contempladas en otros permisos retribuidos y tasados sin que esté previsto por el ordenamiento ni su disfrute en años o períodos posteriores al natural de que se trate (salvo lo previsto en el artículo primero de la Resolución de 16 de septiembre de 2015), ni tampoco la compensación económica por su no disfrute (a sensu contrario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2009).

- Las vacaciones (artículo 50 del TREBEP) tienen carácter indisponible y son un derecho no sustituible por una compensación económica, de tal manera que su titular no podrá renunciar a las mismas a cambio de la percepción de una compensación monetaria. Excepcionalmente se reconoce la posibilidad de indemnizar a quien no ha podido disfrutarlas por haberse extinguido su relación

de servicio antes de poderse ejercer este derecho, como podría ocurrir con los funcionarios interinos o el personal laboral (Sentencias del TSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2003 o 7 de febrero de 2004, o Sentencias del TSJ de Castilla y León de 2 de abril de 2004 y 13 de julio de 2004).

–

Con base en lo informado se establecen las siguientes **CONCLUSIONES:**

1.- Se entiende admisible la percepción por el funcionario interino municipal nombrado funcionario en prácticas, de las indemnizaciones reguladas en el RD 462/2002, como consecuencia de la licencia concedida por el Ayuntamiento para la realización del curso selectivo para acceso a un Cuerpo o Escala de funcionarios de carrera. Admitido el derecho corresponde al Ayuntamiento, dentro del margen legal que le otorga aquélla norma, calificar el tipo de comisión de servicio y establecer consecuentemente las indemnizaciones a abonar a aquel. En consecuencia si el acuerdo municipal se ajusta a lo dispuesto en aquélla norma no resultará procedente exigir el reintegro de ninguna cantidad por estos conceptos.

2.- Por lo que respecta a los restantes conceptos no incluidos en el punto anterior, la determinación, en su caso, de las cantidades indebidamente pagadas por el Ayuntamiento a aquel requerirá la revisión de los actos que ampararon su reconocimiento de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 107 de la LPACAP, por tanto, declarando previamente su lesividad y procediendo a su posterior impugnación ante el orden contencioso-administrativo.

Determinadas las cantidades en cuestión, su reintegro al Ayuntamiento habrá de ajustarse al procedimiento recaudatorio de cualquier crédito de derecho público.

Es cuanto tengo que informar, indicando que la opinión jurídica que se recoge en el presente informe se somete a la de cualquiera otra mejor fundada en derecho.

En Córdoba, a 6 de mayo de 2017.

Carmen Ruiz Aguayo
Secretaria-Interventora del Servicio Jurídico