



Consejo Consultivo de Canarias

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

La Laguna, a 20 de julio de 2000.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *la revisión de oficio del reconocimiento del grado personal, por silencio administrativo, al funcionario P.G.N. (EXP. 112/2000 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Presidencia del Gobierno al amparo de lo dispuesto por el art. 10.7 de la Ley 4/1984, de 7 de julio, de este Consejo Consultivo, en relación con el art. 102.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio por el que se pretende la anulación del reconocimiento del grado personal 28 al funcionario P.G.N. En virtud del art. 102.1 LPAC, el Dictamen que se solicita es preceptivo y vinculante.

II

1. P.G.N., funcionario del Cuerpo de Biólogos de la Administración Especial (Grupo A), procedente del Cabildo Insular de Gran Canaria, con destino en el Instituto Canario de Ciencias Marinas, solicitó el 28 de octubre de 1997 que le fuera reconocido el complemento de destino correspondiente al nivel 28, con los demás efectos económicos inherentes.

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

Las circunstancias de las que trae causa la citada petición son las siguientes: desde la creación del Instituto en 1976 y hasta 1993, el citado funcionario había desempeñado el puesto de trabajo de Director Coordinador del mismo, que tenía asignado el nivel 26, nivel que le fue reducido por el Cabildo Insular al 24 cuando cesó en sus funciones. El interesado solicitó entonces que se le reconociera el complemento de destino correspondiente al nivel 26, lo que fue desestimado mediante Decreto del Presidente del Cabildo de 16 de enero de 1994, contra el que interpuso recurso contencioso-administrativo. Este recurso fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (TSJC) mediante ST 641/1997, de 20 de junio, en la que se le reconoció la consolidación del grado personal 26, teniendo en cuenta que el recurrente se encontraba desempeñando un puesto que tenía asignado este nivel durante el tiempo legalmente exigido.

P.G.N. fue transferido a la Comunidad Autónoma en virtud del Convenio suscrito el 27 de febrero de 1995 entre el citado Cabildo Insular y el Gobierno de Canarias, de Traspaso del Instituto Canario de Ciencias Marinas a la Consejería de Educación, Cultura y Deportes.

En la Relación de Puestos de Trabajo de esta Consejería, tras su modificación mediante Decreto 166/1995, de 23 de junio, se le asignó el puesto de trabajo de Coordinador de Programas, con nivel 26 y con efectos de 1 de enero de 1995.

El 28 de octubre de 1997, como se ha indicado, con motivo del reconocimiento del grado personal 26 efectuado por la STSJC de 20 de junio de 1997, el interesado solicitó el reconocimiento del grado 28 basándose en consideraciones de compensación económica y agravios comparativos a la fecha de su traspaso a la Consejería. En concreto, manifiesta que en el momento del traspaso se le había asignado un complemento de destino de nivel 26, dos niveles por encima del que ostentaba, al igual que al resto de sus compañeros, con la finalidad de compensar las diferencias económicas derivadas del traspaso, evitando la disminución de sus haberes. Una vez reconocida judicialmente la consolidación del grado personal 26 entiende que "resulta evidente que, para evitar la pérdida de retribuciones y en aras del principio de igualdad que proclama el art. 14 de nuestra Constitución, procedía asignarle al efectuar el traspaso el grado personal de nivel 28 o, al menos, el complemento de destino correspondiente a dicho nivel".

Esta solicitud fue denegada mediante Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de 23 de diciembre de

1997, notificada al interesado el 14 de enero de 1998, quien interpuso recurso contencioso-administrativo contra la misma, resuelto mediante STSJC 1039/1999, de 2 de julio, en la que se anuló la referida Resolución y declaró estimada, por silencio positivo, la solicitud del actor formulada el 28 de octubre de 1997, debiendo en consecuencia la Administración reconocer al recurrente el complemento de destino interesado. En ejecución de esta sentencia, mediante Resolución de la Secretaría General Técnica (SGT) de la Consejería de Educación de 15 de diciembre de 1999 se reconoce al interesado el grado personal 28.

Ha de ser, por tanto, esta Resolución de la SGT, de 15 de diciembre, la que ha de ser objeto de la revisión de oficio y no cualquier otro acto expreso o presunto.

2. El presente procedimiento de revisión de oficio, iniciado el 9 de mayo de 2000 tras la declaración de caducidad de uno anterior por el transcurso del plazo legalmente establecido (art. 102.5 LPAC, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), en el que se han respetado los trámites legales preceptivos, se dirige a declarar la nulidad de pleno derecho del reconocimiento de grado en aplicación de la causa prevista en el art. 62.1.f) LPAC.

Resulta extraño que la PR venga formulada por el mismo órgano que ha de resolver. En efecto, si es el Consejero el órgano competente para resolver, ha de ser la SGT, o cualquier otro órgano, el que instruya y formule la correspondiente Propuesta de Resolución [art. 29.1.g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias].

3. En el preceptivo informe emitido por el Servicio Jurídico al amparo del art. 20.e) del Decreto 19/1992, de 19 de febrero, se mantiene la imposibilidad de revisar lo declarado por sentencia, considerando que la anteriormente citada resolución judicial ha realizado un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, es decir, sobre el derecho del interesado a que le fuera reconocido el grado personal 28. El FJ 2º de la citada Sentencia señala textualmente:

"En el caso de autos, la demandada no discute el transcurso de más de dos meses entre la fecha de presentación de la solicitud y la de notificación del acuerdo adoptado, por lo que sólo resta (sic) valorar la procedencia intrínseca de la pretensión, ya que según una doctrina jurisprudencial también consolidada, el silencio positivo, aunque dotado de "autonomismo" (sic), debe ceder ante la

comprobación de vicios esenciales, de competencia o procedimiento, siendo la nulidad de pleno derecho el límite infranqueable que el silencio positivo no puede sobrepasar, pues en lo demás la resolución tardía no altera la situación creada por el silencio positivo, sin perjuicio de que se pueda acudir al procedimiento de revisión de oficio de actos declarativos de derechos. Por lo expuesto, como quiera que en el supuesto litigioso la solicitud formulada en vía administrativa por el actor no sólo no queda enervada por defecto radical alguno, sino que, por el contrario, reviste cierta lógica jurídica, la pretensión formulada por el actor de que se aplique a su solicitud el silencio positivo previsto en el Anexo del Decreto ya citado, es ajustada a Derecho y merecedora de estimación”.

Del tenor de este Fundamento, sin embargo, no puede entenderse que el TSJC haya emitido un pronunciamiento de fondo sobre si en el interesado concurrían o no, de acuerdo con la normativa reguladora de la Función Pública de aplicación, las condiciones para que le fuera reconocido el grado 28. El Tribunal se ha limitado a apreciar la producción del silencio positivo, para lo que ha tenido en cuenta que lo solicitado "reviste cierta lógica jurídica", dejando a salvo, en su caso, la iniciación de un procedimiento de revisión de oficio al tratarse de un acto declarativo de derechos. Se anula la Resolución de 23 de diciembre de 1997 no porque la denegación del reconocimiento solicitado en cuanto al fondo fuera contraria a Derecho, sino porque ya había operado el instituto del silencio administrativo, en este caso de carácter positivo, conforme con el Anexo del Decreto 164/1994, de 29 de julio, por el que se adaptan los procedimientos administrativos de la Comunidad Autónoma de Canarias a la LPAC.

En otros términos, la resolución judicial se limita a anular la Resolución de 23 de diciembre de 1997, desestimatoria de la petición de complemento de destino 28 del funcionario, por cuanto es un acto posterior denegatorio de lo ya otorgado por silencio positivo, por lo que estima, en base a dicho silencio, la pretensión del interesado, al no apreciar vicios esenciales, de "competencia o de procedimiento", (presupuesto indispensable de todo acto, dado que su omisión supondría la inexistencia en sí del mismo acto), sin entrar a conocer sobre el fondo, observándose en la motivación del fallo la posibilidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio de actos declarativos de derechos.

La sentencia judicial del TSJC no acoge, por tanto, la tesis según la cual el silencio positivo sule al acto expreso, pero sólo dentro de los límites autorizados por la Ley, para lo que no es preciso entrar a conocer sobre la cuestión de fondo, sino

que se sitúa en la postura de aceptar el silencio positivo, con la única salvedad de que el citado silencio no cubre en ningún caso los supuestos merecedores de la calificación de nulidad de pleno derecho, ya que el automatismo de aplicación del silencio administrativo debe ceder ante la comprobación de vicios esenciales. Lo contrario supondría en determinados casos, como el que se dictamina, alcanzar un resultado contrario a la "*ratio legis*" de la normativa de fondo aplicable al caso concreto.

En suma, la sentencia del TSJC declara el efecto estimatorio del silencio sin otro requisito que el transcurso del plazo, cualquiera que fuesen las circunstancias de fondo o los requisitos previos, en virtud de una aprobación automática y formal, cuyo único impedimento para alcanzar tal estimación automática sería los supuestos en que el acto expreso no se hubiera podido pronunciar por razones de competencia y procedimiento, presupuestos básicos de todo acto, permitiendo que frente a cualquier otro vicio pueda la Administración promover la revisión de oficio de lo alcanzado por silencio positivo, sin que por lo expuesto se altere el contenido y el acatamiento de las resoluciones judiciales.

Por ello, no existe obstáculo derivado del pronunciamiento judicial, como así lo aprecia la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento remitido a este Consejo, para que se inicie un procedimiento de revisión de oficio del mencionado acto que ejecuta la Sentencia que estima, por silencio positivo, el reconocimiento del grado 28 del interesado.

III

La causa de nulidad de pleno derecho alegada por la Administración es la prevista en el art. 62.1.f) LPAC, al considerarse que se trata de un acto declarativo contrario al ordenamiento jurídico por el que se han adquirido derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

Para emitir un pronunciamiento acerca de la conformidad de la Propuesta de Resolución, es necesario tener en cuenta que las retribuciones complementarias se fijan en función de la plaza o puesto de trabajo a desarrollar y no con el fin de que no se vean mermados los emolumentos, aspecto este último sobre el que, en cualquier caso, ha quedado acreditado en el expediente que el traslado no ha supuesto para el interesado ninguna pérdida de retribuciones. Es en las Relaciones de

Puestos de Trabajo donde se procede a la concreción del nivel de los puestos dentro de los intervalos fijados por el Gobierno en la Disposición Adicional Cuarta del Decreto 48/1998, de 17 de abril, por el que se regula la provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de la Comunidad Autónoma de Canarias. En este caso, todos los puestos correspondientes a coordinadores de programas -entre los que se encuentra el que ocupa el interesado- tienen asignado un nivel de complemento de destino 26, por lo que tampoco cabe sostener que se haya producido un agravio comparativo, dado que se ha otorgado el mismo complemento a puestos similares.

Por otra parte, el reconocimiento por silencio positivo del grado 28 supone la consolidación del mismo. A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con los arts. 21.2.d) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y 27 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, el grado personal se consolida por el desempeño de uno o más puestos de nivel correspondiente durante dos años continuados o durante tres con interrupción. Por consiguiente, el reconocimiento de este grado no puede producirse más que cuando haya transcurrido efectivamente el tiempo legalmente previsto.

En el presente caso, el funcionario en cuestión nunca ha ocupado un puesto que tuviera asignado el citado nivel 28, por lo que no cumple el requisito legalmente establecido que puede ser calificado de esencial ya que es el elemento definidor de la consolidación del grado. Por ello, el acto presunto que supuso el reconocimiento de grado incurre en la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.f) LPAC, al haber otorgado un derecho para el que el interesado carecía del requisito legal exigido.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho, aun cuando debe ser la Resolución de la SGT, de 15 de diciembre, contra la que se dirija la revisión de oficio que se dictamina.