



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 0 8 / 2 0 0 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 6 de julio de 2006.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías en relación con la *revisión de oficio del acto presunto por el que se reconoce grado personal 24 al funcionario J.P.S.A. (EXP. 193/2006 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías es la propuesta de resolución de un procedimiento de revisión de oficio tramitado en relación con el acto presunto por el que, por efecto del silencio positivo legalmente previsto en la materia, se reconoce el grado personal 24 a un funcionario público.

La legitimación de la Consejera para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D).b) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo en relación el primer precepto con el art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

2. La revisión instada se fundamenta en el art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, al considerar la Administración actuante que se trata de un acto contrario al ordenamiento jurídico por el que se han adquirido derechos careciendo el interesado de los requisitos esenciales para su adquisición.

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento son los siguientes: J.P.S.A., funcionario de carrera de la Administración autonómica perteneciente al Cuerpo de Gestión solicitó, mediante escrito presentado el 8 de agosto de 2002, el reconocimiento del grado personal 24, fundamentando su petición en el desempeño de forma ininterrumpida durante 3 años, siete meses y 22 días de puestos de trabajo que tenían asignado el nivel 24 y que detalla en su solicitud.

El 9 de agosto de 2002 se efectuó por el Viceconsejero de Desarrollo Industrial Propuesta de reconocimiento de grado 24 al citado funcionario, remitiéndose para su informe preceptivo a la Dirección General de Función Pública.

El 16 de septiembre del mismo año el citado Centro Directivo informa desfavorablemente la Propuesta remitida al considerar que no concurren los requisitos de desempeñar uno o más puestos de nivel correspondiente durante dos años continuados o tres con interrupción establecidos en el art. 21.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, dado que los periodos de adscripción provisional no resultan computables para la consolidación del grado, de acuerdo con lo establecido en la STS de 6 de marzo de 2001, por la que se declara la nulidad del preámbulo o párrafo inicial, así como el nº 2 del art. 2 del Decreto 195/1994, de 30 de septiembre, sobre adquisición y reconocimiento del grado personal.

Transcurrido el plazo máximo para resolver de forma expresa sobre el asunto de referencia sin haberse dictado Resolución y ante los efectos positivos del silencio producido, el interesado solicitó certificación de acto presunto que se emitió con fecha 31 de marzo de 2003.

Este certificado de acto presunto fue remitido, previa solicitud del interesado, a la Dirección General de Función Pública para su inscripción en el Registro de Personal, si bien dicho acto no fue objeto de anotación por entender dicho Centro Directivo que el acto incurría en la causa de nulidad contemplada en el art. 62.1.f) LPAC.

2. El 26 de diciembre de 2005 se inició por Orden de la Excm. Sra. Consejera de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías, el procedimiento de revisión de oficio del acto presunto por el que se reconoció el grado personal 24 al funcionario afectado.

Este procedimiento, no obstante, se declaró caducado por Orden de 5 de mayo de 2006 al haber transcurrido el plazo de tres meses desde su inicio sin haberse dictado la correspondiente Resolución, en aplicación de lo previsto en el art. 102.5 LPAC, tal como fue apreciado por el Dictamen de este Consejo 87/2006, de 18 de abril, recaído sobre este asunto.

3. El 5 de mayo de 2006 se inicia nuevo procedimiento de revisión de oficio, fundamentado en la misma causa. En la tramitación del mismo se han conservado los informes y certificaciones emitidos en el anterior procedimiento, singularmente el informe del Servicio Jurídico y la certificación expedida por el Jefe de Servicio de Personal y Nóminas de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías, acreditativa de los puestos de trabajo ocupados por el interesado. Se ha otorgado no obstante nuevo trámite de audiencia al interesado, que no formuló alegaciones en el plazo concedido al efecto.

III

1. La Propuesta de Resolución culminatoria del presente procedimiento de revisión de oficio fundamenta la nulidad del acto presunto por el que se reconoció el grado 24 al funcionario afectado en la causa prevista en el art. 62.1.f) LPAC, al haber adquirido un derecho careciendo de los requisitos esenciales para tal adquisición. En este sentido, se sostiene que el citado acto presunto no encuentra amparo legal en la normativa reguladora del reconocimiento de grado al considerarse que no concurren los requisitos de desempeñar uno o más puestos de nivel correspondiente durante dos años continuados o tres con interrupción establecidos en el art. 21.1 de la Ley 30/1984, al no poder computarse a los efectos de la consolidación del grado los periodos en adscripción provisional, tal como resulta de la STS de 6 de marzo de 2001, que anuló el párrafo inicial así como el apartado 2 del art. 2 del Decreto 196/1994 que permitía tal posibilidad.

En el expediente se han acreditado a través de la certificación emitida por el Jefe de Servicio de Personal y Nóminas de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías, los puestos de trabajo ocupados por el interesado. De esta certificación resulta que efectivamente desde su nombramiento como funcionario de carrera el 16 de enero de 1990 hasta el 15 de agosto de 2002, en que obtuvo un

puesto definitivo con motivo de un concurso de traslado ocupó diversos puestos de trabajo en situación de adscripción provisional dotados con nivel 24.

El grado personal es uno de los elementos de la promoción profesional de los funcionarios públicos y, por ello, de la carrera administrativa de los mismos. El art. 21.1.d) de la Ley 30/1984 se incardina precisamente en el Capítulo IV de la Ley 30/1984, dedicado a las normas para objetivar la selección del personal, la provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional de los funcionarios. Dentro de este Capítulo, el art. 20, de carácter básico y destinado a los mecanismos de provisión de los puestos de trabajo adscritos a funcionarios, señala como únicos procedimientos el de concurso, que es el sistema normal de provisión, y el de libre designación, reservado para aquellos puestos que se determinen en las respectivas relaciones de puestos de trabajo y ha de mediar en ambos la correspondiente convocatoria pública. Por su parte, el art. 21.1.d), también de carácter básico, añade que el grado personal se adquiere por el desempeño de uno o más puestos de nivel correspondiente durante dos años continuados o tres con interrupción. En consecuencia, de la lectura de ambos preceptos debe concluirse que el grado personal correspondiente a un determinado puesto de trabajo sólo puede adquirirse cuando, habiendo accedido a él por cualquiera de los sistemas de provisión legalmente previstos, se desempeñe durante el plazo de tiempo legalmente fijado o, en su caso, cuando se hubiera adquirido conforme a lo dispuesto en el apartado f) del mismo art. 21.1, es decir, en el supuesto de superación de cursos de formación u otros requisitos objetivos.

El Decreto autonómico 196/1994, de 30 de septiembre, sobre adquisición y reconocimiento del grado personal preveía para los funcionarios de carrera la posibilidad de consolidar el grado personal cualquiera que fuera el carácter de su adscripción al puesto de trabajo y en consecuencia establecía los pertinentes criterios para tal consolidación también en el supuesto de la adscripción provisional (párrafo inicial y apartado 2 del art. 2). La STS de 6 de marzo de 2001 (Referencia Aranzadi RJ 2001\1572) declaró la nulidad de los citados apartados del art. 2 al considerar que la consolidación del grado personal durante el desempeño en adscripción provisional del puesto de trabajo vulnera los principios de mérito y capacidad implícitos en el art. 21 de la Ley 30/1984 para la promoción profesional de los funcionarios mediante su adquisición del grado personal, principios que exigen a estos efectos el desempeño de puestos de trabajo que hayan sido obtenidos con

carácter definitivo mediante los sistemas legales de concurso de méritos o libre designación.

Esta sentencia mantiene la doctrina ya sostenida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 23 de febrero de 1991, 2 de marzo de 1995, 28 de septiembre de 1996 (RJ 1991\707, 1995\2289, 1996\7684, respectivamente), y reiterada posteriormente en las Sentencias de 20 de enero de 2003 y 10 de mayo de 2004, recaídas en recursos de casación en interés de ley (RJ 2003\3778 y 2004\3139), que vienen a excluir que el ejercicio provisional de un puesto de trabajo sea suficiente para consolidar un grado personal.

En este sentido, estos pronunciamientos jurisprudenciales han señalado la importancia que tiene el grado personal en la estructuración de la función pública que ha diseñado el legislador y la necesidad de que los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sean aplicados, no sólo en el momento de acceso a ella, sino también a lo largo del desarrollo de la carrera administrativa, particularmente en cuanto hace a la progresión en el grado personal, precisamente por la relevancia que tiene este elemento en el conjunto de la ordenación de la función pública. Por ello, ha de vincularse el ejercicio del puesto de trabajo desde el que cabe consolidar dicho grado personal con la forma en que se ha obtenido, de manera que sólo cuando se haya logrado mediante uno de los procedimientos ordinarios de provisión, pueda ser eficaz para, cumplido el plazo señalado en el art. 21.1.d) de la Ley 30/1984, operar la pretendida consolidación. Únicamente de este modo podrá asegurarse la observancia de la regla según la cual el acceso y el ascenso en la función pública han de producirse en condiciones de igualdad y por razones de mérito y capacidad, que es lo que, conforme a la Constitución, pretende la Ley. En consecuencia, tales requisitos no se garantizan cuando se hace posible la consolidación de un grado superior desde un puesto de trabajo que se haya cubierto mediante la adscripción provisional.

En definitiva y en lo que al presente procedimiento de revisión de oficio se refiere, el mecanismo de consolidación del grado personal tiene un presupuesto elemental, que es la cobertura del puesto de trabajo a través de alguno de los mecanismos de provisión previstos en el art. 20 de la Ley 30/1984. Los nombramientos provisionales respecto de puestos de trabajo no confieren pues derecho alguno a los funcionarios que los ocupan a la consolidación del grado

correspondiente al nivel de complemento de destino con que están clasificados en la correspondiente relación de puestos de trabajo, requiriéndose a tal fin el nombramiento definitivo obtenido por uno de los procedimientos legalmente establecidos.

2. Ahora bien, tal como señaló nuestro Dictamen 112/2004, también en un supuesto de pretendida aplicación del art. 62.1 LRJAP-PAC a un acto presunto, “no se trata sólo de ver si estamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho (...). Para fundar un criterio favorable o desfavorable a la revisión de oficio este Consejo Consultivo no puede pronunciarse sólo acerca de la legalidad o ilegalidad del acto presunto en cuestión, pues le corresponde también ponderar la inexistencia o eventual presencia, en cada caso concreto, de circunstancias que pudieran constituirse en límites para el ejercicio por la Administración de sus facultades revisoras. La revisión de oficio constituye una prerrogativa de la Administración para retirar inmediatamente de la vida jurídica actos nulos de pleno derecho; pero siendo el más directo no es el único camino para alcanzar tal fin. Y sin duda por ese mismo carácter extraordinario el art. 106 LRJAP-PAC exige verificar la posible existencia de límites a su ejercicio. En este marco legislativo está obligado este Consejo a fundar y formular su consulta favorable o desfavorable a la pretensión de revisión de oficio de la Administración”.

En su Dictamen de 19 de abril de 2001 afirma el Consejo de Estado que “por el carácter excepcional de la nulidad, las causas previstas en el art. 62.1 de la Ley 30/1992 deben ser objeto de una interpretación estricta, máxime si se trata de la contemplada en el apartado f) pues, en otro caso, podrían cobijarse en este supuesto determinadas infracciones del ordenamiento jurídico que por su entidad sólo son merecedoras de la sanción de anulabilidad (...). Una interpretación flexible o extensiva de la causa de nulidad iría, además, en contra de la finalidad pretendida por el legislador de constreñir la utilización del procedimiento de revisión de oficio, en cuanto potestad privilegiada de la Administración que excluya la heterotutela judicial, a las más graves infracciones del ordenamiento jurídico, teniendo que acudir en los demás casos a la jurisdicción contencioso-administrativa, previa declaración de lesividad del acto para el interés público”.

Esta interpretación moderadora del uso de las facultades de revisión debe llevarnos, para resolver acerca de la revisión de oficio, a considerar no sólo la eventual contradicción con la legalidad del acto en cuestión, sino también a

ponderar la existencia de límites al ejercicio de tales facultades de revisión. Establece el art. 106 LRJAP-PAC que tales facultades no podrán ser ejecutadas cuando por determinadas circunstancias su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, a los derechos de los particulares o a las leyes.

Pues bien, en el presente caso concurren determinadas circunstancias relativas al modo de proceder administrativo que habrán de ser ponderadas. La Administración no eligió, en marzo de 2003, el camino de responder de inmediato para reparar su falta de resolución en tiempo, sino que vuelve a incurrir en idéntico comportamiento y deja sin respuesta durante dos años y diez meses la solicitud, instada por el Sr. S.A., de inscripción en el Registro de Personal del acto presunto de reconocimiento de grado. Sólo recientemente, casi cuatro años después de la solicitud inicial del interesado, la Administración reacciona, adoptando la iniciativa de revisar de oficio el acto presunto. La incertidumbre acerca del resultado final de tal solicitud ha podido generar perjuicios a la carrera administrativa del funcionario, y desde luego le ha mantenido de hecho en situación de indefensión. La incuria administrativa, si no mala fe en negar durante tanto tiempo una respuesta a lo solicitado, privó al solicitante de acceder al ejercicio de derechos funcionariales que consideró, con razón o sin ella, adquiridos por silencio. Este comportamiento administrativo de aplicar la lentitud en la respuesta a la solicitud del particular no puede ahora pretender la vía rápida de la revisión de oficio, facultad excepcional que no siempre cabrá ejercitar.

Resultaría contrario a la equidad la desproporción que significa abrir la vía rápida de la revisión de oficio a una Administración que aplicó al particular en el procedimiento administrativo la no respuesta o la respuesta a largo plazo. "La equidad supone una llamada a acudir a los principios superiores de justicia para decidir un caso para el que resulta inadecuada la regla legal. En la revisión de oficio la Administración ejercita una prerrogativa, que como se ha señalado más atrás debe ser ejercitada sólo excepcionalmente. El principio del equilibrio entre las partes en la defensa de sus respectivas argumentaciones jurídicas cede en la revisión de oficio a favor de la Administración, por el carácter preferente de los intereses públicos que defiende; el particular podrá luego acudir a los Tribunales en busca de mejor derecho (DCC 112/2004)". Pero la negligente conducta de la Administración presente en este caso no puede hasta ese punto usar de tal prerrogativa, pues ello generaría una desproporcionada desigualdad de trato contraria a la equidad. Por todo ello, en estas

circunstancias las facultades de revisión de oficio no podrán ser ejecutadas, tal como establece el art. 106 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

Este Consejo Consultivo manifiesta su parecer contrario a la revisión de oficio del acto administrativo presunto de reconocimiento de grado 24 al funcionario J.P.S.A., por lo que procede emitir Dictamen desfavorable a tal pretensión de la Administración.