



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 6 8 / 2 0 1 0

(Sección 1ª)

La Laguna, a 20 de octubre de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de la Resolución de la Coordinadora General del Área de Recursos Humanos y Defensa Jurídica, de 27 de julio de 2007, por la que se dispuso el reconocimiento de grado personal a la funcionaria de carrera del Cabildo de Tenerife, M.C.L.R. (EXP. 724/2010 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado preceptivamente por el Presidente del Cabildo de Tenerife es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio iniciado a instancia de interesado para declarar la nulidad de la Resolución de de 27 de agosto de 2007 por la que se reconoció el grado personal de nivel 28 a un funcionario de la Corporación.

La legitimación del Presidente 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 (LRJAP-PAC).

II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento son los siguientes:

* PONENTE: Sr. Lazcano Acedo.

Mediante Resolución de la Coordinadora General del Área de Recursos Humanos y Defensa Jurídica del Cabildo Insular de 27 de agosto de 2007 se reconoció el grado personal de nivel 28 a M.C.L.R., funcionaria de carrera de la Corporación.

El 8 de mayo de 2009 fue convocado concurso para la provisión de puestos de trabajo vacantes vinculados a las plazas de Técnico de Administración General, Rama Jurídica, en el que participó la citada funcionaria.

Publicados los méritos que fueron objeto de valoración por la Comisión de Valoración a través de un anuncio de 14 de abril de 2010, la funcionaria M.D.V.G., también participante, interpuso escrito con fecha 16 de abril de 2010 en el que solicita se rectifique la valoración efectuada en relación con el grado personal reconocido a M.C.L.R. Fundamenta su petición en la circunstancia de que a la citada funcionaria se le reconoció el grado personal 28 por desempeño de un puesto de trabajo en adscripción provisional, lo que considera vulnera los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, como al respecto ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de enero de 2003, dictada para la unificación de doctrina.

En escrito posterior entiende la interesada que desde que el Tribunal Supremo dictó la citada Sentencia no sólo no se debió reconocer grado personal alguno a funcionarios en adscripción provisional, sino que, en el supuesto de que con anterioridad a la misma se hubieran adoptado actos administrativos en ese sentido se debió acordar de inmediato el inicio del procedimiento de revisión de oficio correspondiente.

El 13 de mayo de 2010 se emite informe por el Servicio Administrativo de Personal Funcionario, Selección y Provisión de Puestos de Trabajo en el que se cita, como antecedente que justifica el reconocimiento de grado personal a la funcionaria afectada, en la práctica del Cabildo anterior a la citada STS de 20 de enero de 2003 de reconocer el grado correspondiente a aquellos funcionarios que lo solicitaron y que se encontraban en adscripción provisional.

Indica que a la fecha en que se dicta la Sentencia, anterior a la convocatoria del concurso que ha dado origen al presente procedimiento de revisión de oficio, se produce la situación de que a los funcionarios que deben o pueden participar en los concursos, en unos casos de les ha reconocido el grado personal adquirido -a aquellos que lo solicitaron- y en otros no, situación que crea un agravio comparativo al afectar al principio de igualdad.

En relación con la Sentencia del Tribunal se sostiene en este informe que los efectos de esta doctrina legal deben producirse sobre los hechos producidos con posterioridad a la misma, tratándose en el presente caso el grado personal adquirido como un derecho constituido, de oficio, por la Corporación. Por ello se reconoce el grado personal consolidado a todos los funcionarios que se encontraban en la misma situación, es decir, computando los periodos en adscripción provisional, con anterioridad a la citada doctrina legal, en el marco de un proceso global previo a la celebración de todos los concursos. Apoya estas consideraciones en lo previsto en el art. 98.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que en opinión del informante, habrá de aplicarse la doctrina legal a aquellos hechos producidos a partir del momento en que la misma produce efectos, debiendo respetarse los derechos constituidos con anterioridad.

2. Con estos antecedentes, el 23 de junio de 2010 se dicta Resolución por la Coordinadora General del Área de Recursos Humanos y Defensa jurídica por la que se dispone la incoación del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 27 de julio de 2007.

Durante la tramitación del procedimiento se ha dado audiencia a las funcionarias afectadas, presentando alegaciones M.C.L.R. en las que se opone a la declaración de nulidad pretendida.

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la solicitud de declaración de nulidad de la Resolución de 27 de agosto de 2010, por considerar que la interesada no se encuentra legitimada para la impugnación de este acto administrativo, que no ha citado la concreta causa de nulidad en que en su opinión incurre la Resolución y, finalmente, porque, de acuerdo con el art. 98.1 LJCA, la doctrina legal de la STS de 20 de enero de 2003 sólo afecta a las situaciones fácticas producidas con posterioridad a su fecha, siendo así que la funcionaria afectada ostenta el grado personal 28 desde el 28 de octubre de 1996.

La Propuesta de Resolución no se considera conforme a Derecho por las siguientes razones:

Por lo que se refiere a la legitimación activa de la recurrente, como ella misma manifiesta, su condición se justifica en que dicha Resolución le afecta directamente en el concurso de provisión de puestos de trabajo actualmente en trámite.

La Propuesta de Resolución sostiene que, si bien estuvo inicialmente legitimada al ostentar un interés directo por la razón expuesta, ha perdido esta condición desde el momento en que no ha superado, en virtud de la puntuación obtenida en la memoria presentada para los puestos de trabajo con sistema de provisión concurso específico, la puntuación exigida para esta fase, de carácter eliminatorio. Por ello no puede ya optar al puesto de Secretaria Delegada del Organismo Autónomo I.A.S.S, y, en consecuencia, sus derechos no se verán afectados por la Resolución que se dicte.

La Administración, por una parte, dado que inicialmente ha considerado a la recurrente como legitimada no puede ahora, una vez en fase final de tramitación del procedimiento, negarle su legitimación, aunque hayan cambiado las circunstancias concurrentes. Además en la interesada persiste el interés legítimo en orden a obtener una resolución sobre el fondo del asunto que pudiera hacer valer en los eventuales recursos contencioso-administrativos que pudiera interponer contra la Resolución del concurso de provisión de puestos de trabajo.

- Señala también la Administración que la interesada no alega causa concreta de nulidad. Si bien es cierto que no se especifica la cita concreta del motivo de nulidad esgrimido dentro de los fijados en el art. 62.1 LRJAP-PAC, de su escrito se deduce que se fundamenta en el previsto en su apartado a), dada la referencia a la vulneración de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en relación con esta causa debió pronunciarse la Propuesta de Resolución.

Finalmente, por lo que se refiere a la aplicación del art. 98.1 LJCA acerca del alcance de la STS de 20 de octubre de 2003, se sostiene que este precepto habilita a considerar que tal pronunciamiento afecta a las situaciones fácticas producidas con posterioridad a la misma, pero no a las anteriores.

No es éste, sin embargo, el alcance del citado precepto legal, que expresamente señala que los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán *a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada*.

Este precepto tiene por finalidad dejar patente que el recurso de casación para unificación de doctrina se dirige únicamente contra una sentencia, la sentencia impugnada (única que puede ser casada y anulada), de tal manera que las que se invoquen como contraste sólo sirven para, si existe contradicción, determinar la admisibilidad del recurso, pero no pueden en ningún caso resultar afectadas. El precepto no se refiere pues a *situaciones fácticas* que devengan intocables al haberse producido con anterioridad a la Sentencia de referencia, por lo que este precepto no

está avalando el reconocimiento de una situación ilegal por el simple hecho de que se haya producido con anterioridad a la misma. Y mucho menos cuando tal reconocimiento, como aquí acontece, se produce años después de dictada la Sentencia que exige la adscripción definitiva a los efectos del reconocimiento del grado personal.

Este reconocimiento no puede, por otra parte, justificarse desde la perspectiva del principio de igualdad de los funcionarios, en los términos previstos en el informe jurídico emitido. Se fundamenta esta consideración en el hecho de que la Corporación, con anterioridad al año 2003, había reconocido el grado personal consolidado a funcionarios que ocupaban puestos en adscripción provisional y que así lo habían solicitado.

Como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional (SSTC de 30 de marzo de 1981, 16 de junio y 30 de julio de 1982, entre otras), el principio de igualdad no ampara el reconocimiento de situaciones ilegales, pues la comparación entre las distintas situaciones ha de ser dentro de la legalidad y sólo ante situaciones idénticas que sean conformes al ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad, con extensión indebida a la protección de situaciones ilegales. La aplicación del principio de igualdad en los términos pretendidos supone su transformación en un trato igual a todos fuera de la legalidad, lo que no se encuentra amparado por el art. 14 de la Constitución, que impide su invocación utilizando como término de comparación un supuesto ilegal.

En el caso presente, la propia Corporación señala que el reconocimiento del grado personal a todos estos funcionarios se llevó a cabo encontrándose los mismos en adscripción provisional, lo que se hizo por tanto en contravención de lo previsto en el art. 70.2 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado.

En el caso de la funcionaria cuyo reconocimiento de grado es objeto del presente procedimiento, consta en el expediente que desde que tomó posesión como funcionaria de carrera ha ocupado puestos en adscripción provisional, por lo que no reunía los requisitos necesarios para que tal reconocimiento se produjera y, como hemos señalado, sin que pueda fundamentarse en una pretendida igualdad en la ilegalidad.

CONCLUSIONES

1. El reconocimiento de grado objeto del presente procedimiento de revisión de oficio se encuentra incurso en causa de nulidad de pleno Derecho, según se razona en el Fundamento III.

2. La interesada ha invocado la causa prevista en el art. 62.1.a) LRJAP-PAC, que concurre en el presente caso pues, como ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia citada, los principios de igualdad, mérito y capacidad han de observarse no sólo en el acceso a la función pública, 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. Ello sin perjuicio de considerar que también el acto incurre en la causa prevista en el art. 62.1.f) de la Ley citada, pues la funcionaria ha adquirido derechos careciendo de los requisitos esenciales para tal adquisición se produjera.