



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 100/2021

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 9 de marzo de 2021.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Candelaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del Decreto de la Alcaldía-Presidencia 3282/2001, de 28 de diciembre, por el que a un funcionario de la subescala de auxiliar de la escala de Administración General (Grupo D) se le realizó la atribución temporal y excepcional de funciones como Gestor de Recursos Humanos de la subescala técnica media de la escala de administración general (Grupo B) con la percepción de las retribuciones complementarias de dicho puesto de Grupo B sin convocatoria pública y sin pruebas selectivas (EXP. 49/2021 RO)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Candelaria, es la Propuesta de Resolución de 20 de enero de 2021, por la que se revisa de oficio el Decreto de la Alcaldía Presidencia 3282/2001, de 28 de diciembre, por el que se atribuye con carácter excepcional, temporal y accidental el puesto de gestor de recursos humanos a (...), Auxiliar de la Escala de Administración General del Ayuntamiento, por no existir en la plantilla ningún funcionario que reúna los requisitos establecidos para su desempeño en la relación de puestos de trabajo.

2. La legitimación de la Sra. Alcaldesa-Presidenta 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, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, el primer precepto, con el art. 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre,

---

\* Ponente: Sr. Suay Rincón.

del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que se instó el inicio de la revisión de oficio una vez en vigor esa norma.

De conformidad con lo previsto en esos preceptos, y en garantía de los principios de legalidad y seguridad jurídica, se precisa que el dictamen de este Consejo sea favorable a la declaración pretendida.

3. La revisión de oficio sólo cabrá, a tenor del art. 106.1 LPACAP, contra actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, que en este caso devino firme al no haber sido recurrido en plazo. Se cumple, pues, el requisito de la firmeza en vía administrativa del acto que se pretende revisar por el cauce del citado artículo.

4. El órgano competente para el procedimiento de revisión de oficio es la Alcaldía, de conformidad con lo establecido por el art. 31.1.o) de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de Municipios de Canarias en relación con el art 21.1 h) Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

5. El procedimiento de revisión de oficio en este caso caduca a los seis meses de su inicio (art. 106.5 LPACAP) sin que se hubiera dictado resolución, plazo que se cumple el próximo 16 de abril de 2021, si bien por la Alcaldía Presidencia se ha suspendido, de forma motivada, el plazo para resolver el expediente desde la adopción del acuerdo de suspensión el 21 de enero de 2021 notificado al interesado el 22 de enero de 2021, hasta que se reciba el dictamen del Consejo en el Ayuntamiento, que también se deberá notificar al interesado.

El Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias 51/2018, con reproducción de otro anterior, recoge la doctrina de este Consejo sobre la posibilidad de suspender el plazo del procedimiento hasta la emisión del dictamen del órgano consultivo:

*«Acerca de esta cuestión, el Consejo Consultivo ha señalado, en el Dictamen 316/2015, 10 de septiembre, entre otros, lo siguiente:*

*“Pues bien, el art. 83 LRJAP-PAC, que regula evacuación de informes durante la tramitación de los procedimientos administrativos, establece en su apartado 2 que `Los informes serán evacuados en el plazo de diez días, salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor o menor`.*

*Resulta obvio que el citado precepto se ha citado erróneamente, ya que en modo alguno es aplicable a un dictamen de este Consejo Consultivo que tiene su régimen específico de aplicación (art. 20 LCCC).*

*No obstante, en relación con la suspensión que se pretende (y de la que se advierte que no consta en la documentación remitida a este Consejo Consultivo acuerdo de suspensión alguno) es preciso recordar la doctrina de este Organismo al efecto que considera que el art. 42.5.c) LRJAP-PAC, que es el precepto que resultaría de aplicación, permite suspender el plazo máximo previsto para resolver un procedimiento y notificarlo.*

*Con tal suspensión de plazo -siempre que no se deba a la inactividad de la Administración- se pretende concluir debidamente el procedimiento sin que proceda la declaración de caducidad, lo que sería aplicable tanto a la revisión de oficio (art. 102.5 LRJAP-PAC) como a los incidentes contractuales (resolución, modificación, etc.). La declaración de caducidad del procedimiento persigue evitar la dilación indebida de la Administración en el cumplimiento de los plazos en los que debe resolverse el procedimiento, lo que supone una garantía del ciudadano por la certeza de su duración de la actuación administrativa y el tiempo de respuesta. Por la misma razón, el procedimiento no puede ser artificialmente alargado mediante una suspensión infundada para de esta manera impedir la caducidad del mismo.*

*La doctrina de este Consejo ha venido siendo clara y precisa en el extremo de no avalar la suspensión del plazo de duración durante el transcurso de tiempo previsto para la emisión del correspondiente dictamen, con la consecuencia de considerar caducado el procedimiento tramitado, con la excepción del cómputo del mes de agosto y sus efectos, como anteriormente se manifestó.*

*No obstante, tal regla general se puede modular según doctrina del propio Consejo `por razones de eficacia y economía´, y asumir la procedencia de la suspensión prevista en el art. 22.1 d) LPACAP en aras a los principios constitucionales de seguridad y responsabilidad, siempre que por parte de la Administración correspondiente solicitante del dictamen se cumplan los siguientes presupuestos, requisitos y condiciones:*

- Que la suspensión no se aplique de forma automática y se acuerde de manera expresa.*
- Que la suspensión se motive debidamente y que la instrucción haya sido diligente.*
- Que la suspensión se notifique fehacientemente a los interesados antes del vencimiento del plazo para la resolución del procedimiento”».*

6. En lo que se refiere a la normativa aplicable a las causas de nulidad, se ha de traer a colación lo ya manifestado por este Organismo consultivo en diversos dictámenes (v. gr., Dictamen n.º 478/2020, de 19 de noviembre o n.º 354/2020, de 24 de septiembre), al indicar que la determinación de las causas de nulidad debe hacerse con arreglo a la Ley vigente cuando se dictó el acto cuya revisión de oficio se pretende. Así, resulta especialmente ilustrativo lo expuesto, entre otros, en el

Dictamen n.º 156/2017, de 11 de mayo; en cuyo Fundamento III, apartado primero, se expone lo siguiente:

*«Antes de abordar el análisis de las causas de nulidad alegadas conviene recordar que un acto administrativo es inválido si se produce contraviniendo las normas preexistentes y vigentes que regulan su elaboración y predeterminan su contenido. De ahí que el parámetro para establecer su validez o invalidez esté constituido exclusivamente por las normas vigentes al tiempo de dictarse y no por las normas posteriores que las hayan derogado o desplazado su aplicación, porque es obvio que la Administración no está vinculada por normas derogadas ni por normas inexistentes en el momento de dictar el acto. Por consiguiente, para apreciar si (la) OD 70/2004 incurre en causa de nulidad se debe atender al art. 62 y concordantes LRJAP-PAC, que estaba vigente a la fecha en que se dictó; y no a los preceptos de la LPACAP, con independencia de que reproduzcan el contenido de aquéllos».*

Respecto al iter procedimental, en cambio, resultan de aplicación las normas de procedimiento vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la revisión de oficio de la actuación administrativa (DT3ª LPACAP), en su consecuencia, es la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo (LRJAP-PAC), la normativa legal a tomar en consideración (y más concretamente aún, habrá que estar a su art. 62).

## II

Como hechos relevantes para la sustanciación del presente dictamen, resulta que, tal y como acredita el expediente y recoge la Propuesta de Resolución, el funcionario (...), por Decreto de la Alcaldía 8282/2001, es nombrado de forma excepcional, temporal y accidental, mediante atribución temporal de funciones, para el puesto de trabajo de gestor de recursos humanos (Subescala técnica media de la Escala de Administración General. Grupo B), con derecho a percibir las retribuciones complementarias de dicho puesto, por no disponer en ese momento en la plantilla del Ayuntamiento de personal que cumpliera los requisitos previstos en la relación de puestos de trabajo. El funcionario pertenece a la subescala de Auxiliar de la Escala de Administración General, grupo D. Según señala el propio Decreto de nombramiento, el funcionario cesará automáticamente, en todo caso, y sin necesidad de ningún trámite, con la adscripción a dicho puesto de un funcionario que cumpla los requisitos señalados en la relación de puestos de trabajo para el puesto de Gestor de Recursos Humanos.

El Sindicato Central Sindical Independiente de Funcionarios promovió el 13 de septiembre de 2018 la solicitud de informe jurídico en relación con esta actuación.

### III

Como principales trámites del expediente de revisión de oficio cumple destacar los que siguen:

1. Por Decreto de la Alcaldía Presidencia 2438/2020, de 16 de octubre de 2020, se ordena la incoación de la revisión de oficio del Decreto de la Alcaldía-Presidencia 3282/2001, de 28 de diciembre, lo cual se notifica al interesado el 19 de octubre de 2020 y al CSIF el 19 de octubre de 2020 y se publica en el BOP de 30 de octubre de 2020, estando el expediente, asimismo, a disposición de los ciudadanos en información pública en la Secretaría General durante 20 días hábiles.

2. El 26 de octubre de 2020, el CSIF hace constar sus alegaciones al respecto:

*«(...) Que dentro del plazo de 15 días hábiles otorgados por la anteriormente referida RESOLUCIÓN "la presente Central Sindical CSIF, se vuelve a personar como parte denunciante de los hechos que finalmente han sido declarados como nulos de pleno derecho a los efectos de:*

*- Notificar a esta parte en relación sobre si tal actuación nula de pleno derecho se notificará a la Fiscalía Provincial de Santa Cruz de Tenerife, toda vez que lo sucedido pudiese dar lugar a constituir un ilícito penal.*

*- Las medidas a tomar contra el funcionario de carrera (...) en relación a la devolución de unas cantidades abonadas y percibidas de forma no ajustada a derecho;*

*Es por lo anterior, por lo que SOLICITO:*

*Que se tenga bien el recibimiento del presente escrito, se tenga por entendido el contenido íntegro del mismo, y se tenga por cumplido en todos sus efectos el trámite de audiencia relativo al expediente 758812020, en lo relativo a la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF)».*

3. (...), por su parte, en sus correspondientes alegaciones presentadas el 6 de noviembre de 2020, en esencia, manifiesta lo siguiente:

*«1.- El carácter estricto y de aplicación excepcional de la revisión de oficio no permite declarar nulo un acto por la simple invocación de determinadas carencias procedimentales sino que resulta preciso que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que se caractericen por su especial gravedad.*

2.- Se invoca el artículo 66 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 y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción profesional de los Funcionarios de la Administración General del Estado, para argumentar la legalidad del Decreto 3282/2001, de 28 de diciembre.

3.- Se argumenta que en el informe jurídico se confunde plaza con puesto de trabajo y que las reglas aplicables al procedimiento para esa cobertura provisional nada tiene que ver con las invocadas en el informe jurídico motivador de la resolución de revisión de oficio en el que se enumeran progresivamente los trámites para la cobertura por procedimiento de selección de una plaza vacante.

4.- Se invoca como segunda causa de nulidad el artículo 47 f) LPACAP y el alegante argumenta que este incumplimiento debe ser cualificado.

5.- Respecto al percibo de las retribuciones complementarias correspondientes al puesto efectivamente desempeñado.

*El acto administrativo establece que el funcionario percibirá:*

*a) Retribuciones básicas: las propias del Grupo de Auxiliar al que pertenece.*

*b) Retribuciones complementarias: las que corresponden al puesto de Gestor de Recursos Humanos.*

*Argumenta el alegante que la jurisprudencia le ha reconocido la percepción de las retribuciones conforme a lo siguiente:*

*- El funcionario debe acreditar que efectivamente desempeña esas funciones en lo sustancial.*

*- Tales funciones deben realizarse con carácter principal, no discontinuo o esporádico.*

*- Que exista nombramiento o encomienda formal para el desempeño de tales tareas o bien consentimiento tácito por parte de la Administración.*

*- Las retribuciones que corresponderían al funcionario que ejerce las funciones de ese puesto de superior categoría serán las complementarias del mismo (complemento de destino y específico).*

*Conclusiones que realiza el alegante:*

*1.- El Decreto de la Alcaldía-Presidencia n°3282/2001, de 28 de diciembre, por el que se me atribuye el desempeño temporal y accidental del puesto de Gestor de Recursos Humanos no incurre en ninguna de las causas invocadas de nulidad por el Decreto de la Alcaldía-Presidencia n°243812020, de fecha 16 de octubre que inicia el procedimiento de revisión de oficio del referido acto administrativo.*

2.- *La jurisprudencia ha declarado el pleno derecho del compareciente al percibo de las retribuciones complementarias del puesto efectivamente desempeñado, porque lo contrario supondría un enriquecimiento injusto de la Administración».*

4. Se formula el 20 de enero de 2021 Propuesta de Resolución del instructor de la revisión de oficio en relación con el Decreto 3282/2001, de 28 de diciembre.

## IV

1. Ha de advertirse con carácter previo al análisis de los motivos alegados, como tantas veces se ha señalado por este Consejo Consultivo en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la revisión de oficio supone el ejercicio de una facultad exorbitante por vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica.

El Tribunal Supremo ha señalado en la Sentencia de 9 de diciembre de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), entre tantas otras, lo que a continuación se expone:

*«La seguridad jurídica es un valor fundamental del ordenamiento jurídico, tanto desde el punto de vista constitucional (artículo 9.3 de la C.E.) como desde el punto de vista legal (v.g. artículo 106 de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), que, aunque referido a las facultades de revisión, expresa sin duda un valor general); se trata de un valor social, y no puramente individual, de forma que es la colectividad misma la que está involucrada en ella, y no sólo los intereses particulares; y los Jueces y Tribunales, que tienen encomendada la tutela judicial efectiva, también han de salvaguardar la seguridad jurídica a fin de que no se pongan en tela de juicio situaciones jurídicas consolidadas por el transcurso del tiempo, las cuales, en otro caso, podrían ser cuestionadas ad eternum; en la tensión dialéctica entre tutela judicial y seguridad jurídica, los Jueces y Tribunales no pueden, como pretende la parte recurrente, atender sólo a la primera con olvido manifiesto de la seguridad».*

De aquí que, en suma, no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ello solo es posible cuando concorra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (nuestro reciente Dictamen 303/2019, de 12 de septiembre, reitera anteriores pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

La declaración de nulidad, en consecuencia, ha de analizarse partiendo del carácter restrictivo de los motivos de nulidad, pues la revisión de oficio no es en modo alguno un cauce para decidir cuestiones que debieran haber sido resueltas por las vías de impugnación ordinarias. Esto es, la revisión de oficio es una vía excepcional que solo se puede utilizar cuando se den las causas tasadas previstas legalmente.

2. La Propuesta de Resolución desestima las alegaciones de la Central Sindical Independiente de Funcionarios de 26 de octubre de 2020 y las realizadas por (...) de 6 de noviembre de 2020 y declara nulo de pleno derecho el Decreto del Alcalde-Presidente n.º 3282/2001, de 28 de diciembre de 2001, por el que se atribuyó, con carácter excepcional, el desempeño temporal y accidental del puesto de Gestor de Recursos Humanos a (...), auxiliar de la Escala de Administración General del Ayuntamiento de Candelaria.

3. En el presente procedimiento de revisión de oficio se invoca como fundamento legal para la nulidad de pleno derecho de la resolución que es objeto de dicho procedimiento:

- La letra e) del art. 47.1 LPACAP [anterior art. 62.1 e) de la LRJAP-PAC], esto es, haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Al respecto, ha de recordarse que la aplicación de esta causa de nulidad procede cuando se haya omitido la correcta observancia de todos o alguno de los trámites del procedimiento, siempre y cuando éstos tengan un carácter esencial, sin ser preciso que la omisión se realice respecto de todos ellos o cuando se siga un procedimiento diferente del legalmente procedente (STS 333/2017, de 2 de febrero, FD9º).

- La letra f) del art. 47.1 LPACAP [anterior art. 62.1 f) de la LRJAP-PAC], esto es, el dictado de un acto contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

4. El Decreto n.º 3282/2001, objeto en este caso de revisión de oficio, procede, mediante la atribución temporal de funciones, a asignar de manera excepcional, temporal y accidental, el puesto de gestor de recursos humanos a (...), auxiliar de la escala general del Ayuntamiento. Durante el desempeño de las funciones percibirá las retribuciones básicas propias del grupo Auxiliar al que pertenece y las retribuciones complementarias propias del puesto de Gestor de Recursos Humanos. El Decreto hace constar también que el funcionario cesará automáticamente con la

adscripción a dicho puesto de un funcionario que cumpla los requisitos señalados en la relación de puestos de trabajo para el puesto de Gestor de Recursos Humanos.

Pues bien, hemos de indicar ante todo que no corresponde entrar en valoraciones sobre el dilatadísimo período de tiempo transcurrido desde que el funcionario que resultó beneficiado del acto que ahora pretende revisarse (2001) ha permanecido en su puesto de trabajo hasta que la Administración recientemente ha venido (2018) a promover la revisión de oficio de su nombramiento. Así como tampoco, en puridad, le incumbe a la Administración actuante hacer otro tanto al resolver el presente procedimiento.

Desde luego, lo que era un sistema excepcional, temporal y accidental se ha prolongado, del modo expuesto, por más de dieciocho años. El acceso al empleo público en condiciones de igualdad, y de acuerdo con el principio de mérito y capacidad, es un derecho fundamental, recogido en los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, que podría resultar en efectivamente comprometido a tenor de dicho proceder.

Sin embargo, la asignación temporal de funciones a (...), auxiliar de la escala general del Ayuntamiento, se hizo con carácter excepcional, temporal y accidental, en tanto el puesto fuera cubierto por el procedimiento legalmente establecido, cesando en ese caso de manera automática y sin derecho a indemnización alguna el referido funcionario.

Así las cosas, acaso le cabe a la Administración el reproche por su inactividad y por no convocar los procesos selectivos o de provisión regular del puesto de trabajo, cuya culminación hubiera permitido cesar automáticamente al funcionario que la venía desempeñando.

Pero, como decimos, no es esto lo que corresponde elucidar aquí. No es la tarea que nos incumbe en el curso del presente procedimiento valorar y cuestionar las actuaciones posteriores al dictado del acto que se pretende revisar (en este caso, la inacción de la Administración).

De manera más limitada, así, pues, nuestro enjuiciamiento ha de contraerse a determinar si el acto de nombramiento sobre el que recae ahora la revisión se ajustó o no la legalidad vigente y, en su caso, de no ser así, a la concreción de la concreta especie de invalidez en que pudo haber incurrido.

5. Centrada la cuestión del modo expuesto, el fundamento jurídico de la atribución temporal de funciones se encuentra en el art. 66 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 y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

Dispone este artículo:

*«1. En casos excepcionales, los Subsecretarios de los Departamentos ministeriales podrán atribuir a los funcionarios el desempeño temporal en comisión de servicios de funciones especiales que no estén asignadas específicamente a los puestos incluidos en las relaciones de puestos de trabajo, o para la realización de tareas que, por causa de su mayor volumen temporal u otras razones coyunturales, no puedan ser atendidas con suficiencia por los funcionarios que desempeñen con carácter permanente los puestos de trabajo que tengan asignadas dichas tareas.*

*2. En tal supuesto continuarán percibiendo las retribuciones correspondientes a su puesto de trabajo, sin perjuicio de la percepción de las indemnizaciones por razón del servicio a que tengan derecho, en su caso».*

6. Sentadas las consideraciones precedentes, y en condiciones por tanto de descender ya al análisis de la concurrencia de las concretas causas de nulidad de pleno derecho sobre las que se fundamenta la revisión de oficio, en relación con la primera de dichas causas que se pretenden hacer valer en este procedimiento, y que se corresponde con la tipificada en el apartado e) del art. 62.1 LRJAP-PAC, no se aprecia que se haya prescindido del procedimiento legalmente establecido, en tanto que no se advierten, o no se justifican, razones para no haber acudido al procedimiento de atribución temporal de funciones, que es al que concretamente se ha acudido en este caso.

El propio Decreto 3282/2001 reconoce que en el momento de ser dictado no había personal en la plantilla que reúna los requisitos exigidos en la relación de puestos de trabajo para cubrir la plaza de gestor de recursos humanos, siendo necesario como es lógico la realización de las funciones del referido puesto para el funcionamiento normal del Ayuntamiento.

Se trataba, pues, del recurso a un sistema excepcional, temporal y accidental, que no habría de perdurar en el tiempo sino hasta que se cubriera el puesto por el procedimiento legalmente adecuado a tal fin (sistema de ingreso o de provisión de puestos de trabajo).

No ha podido constatarse que el recurso al empleo del indicado sistema hubiera carecido de justificación, ni que el procedimiento previsto para acudir al mismo en este caso haya quedado del todo soslayado, en la medida en que tampoco aparece vestido de especiales formalidades; y la omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido es lo que, de entrada, se configura como el supuesto típico determinante de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 62.1 c) LRJAP-PAC (lo mismo que lo hace ahora la LPACAP en su art. 47).

Ciertamente, la ausencia de trámites de carácter esencial resulta una circunstancia equivalente a la omisión total y absoluta del procedimiento, a la que la doctrina (también, la doctrina consultiva) y la jurisprudencia viene anudando los mismos efectos con carácter general. Ahora bien, en todo caso, como decimos, para declarar la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo por la expresada circunstancia ha de tratarse de la ausencia de trámites de carácter esencial.

Y es importante esta última consideración, porque no basta entonces, a los efectos de solventar la cuestión, con constatar que se haya podido incurrir en alguna irregularidad de tipo procedimental, o que se haya omitido la práctica de algún trámite en el procedimiento, aun cuando éste tuviera carácter preceptivo u obligatorio, porque la revisión de oficio se proyecta exclusivamente sobre los actos nulos de pleno derecho, tal y como ya ha sido indicado, y por tanto no sirve esta vía para combatir cualquier género de desajuste al ordenamiento jurídico, incluso aun cuando de dicho desajuste haya podido llegar a quedar cumplida constancia.

Así las cosas, no todos los trámites que resultan exigibles en el procedimiento tienen carácter esencial, y así lo reconoce incluso la PR con referencia concreta al informe jurídico que se echa en falta en este caso, y del que, correctamente, excluye que su ausencia pueda llegar a ser causa constitutiva de la nulidad de pleno derecho del acto que se pretende anular en el curso de este procedimiento por la vía de la revisión de oficio.

Alcanza la Propuesta de Resolución sin embargo distinta conclusión, en relación con la fiscalización del gasto a través de la intervención por tratarse de un acto de contenido económico. Y por la expresada razón es por lo que se aparta de las conclusiones alcanzadas en nuestro Dictamen 463/2013, de 26 de diciembre, en torno a un supuesto similar de atribución excepcional y temporal de funciones. Podría haber sido dicho supuesto un término válido de comparación a los efectos de

la indagación que aquí procede realizar (no así el caso de nuestro Dictamen 398/2018, de 28 de septiembre, a propósito de la aprobación de un pliego de cláusulas particulares), pero la Propuesta de Resolución rechaza otorgar la misma respuesta en el supuesto que nos ocupa, por cuanto que el acto que pretendía revisarse a la sazón carecía de contenido económico.

Sin embargo, llegados a este punto, cabe indicar que, aun cuando el acto que nos ocupa tuviera este género de efectos, la doctrina también se decanta en este supuesto por la anulabilidad del acto, y no por la nulidad de pleno derecho (Dictámenes del Consejo de Estado 1436 y 1437/2012, entre otros), en la medida en que, como ciertamente acaece, se trata de un defecto, indudablemente trascendente, pero al que cabe poner remedio mediante la técnica de la subsanación; y si el acto es susceptible así de convalidación por la vía de la subsanación, es porque el acto es solamente anulable y no nulo, porque la que la convalidación está proscrita en casos de actos nulos y sólo cabe frente a actos anulables.

En suma, cumple concluir que el Decreto 3282/2001 pudo servir para la finalidad a la que pretendía dar satisfacción, la asignación excepcional, temporal y accidental de las funciones de gestor de recursos humanos mientras se cubría regularmente la plaza.

Como antes indicamos, la verdadera controversia se suscita no tanto por la forma de asignar un puesto de trabajo ante una vacante fundamental para el funcionamiento del Ayuntamiento y la inexistencia en la plantilla de la Corporación Local de un funcionario que cumpliera los requisitos de la relación de puestos de trabajo, como por la persistencia y prolongación en el tiempo de una inactividad y la tardanza en convocar los procedimientos legales para la cobertura de la plaza de gestor de recursos humanos.

No cabe, en consecuencia, aducir la inadecuación del procedimiento de atribución temporal de funciones como motivo para declarar nulo el Decreto n.º 3282/2001.

7. En relación con la causa de nulidad legalmente invocada en segundo término y prevista por el apartado f) del art. 62 LRJAP-PAC, tampoco concurre propiamente en el presente supuesto dicha causa de nulidad de pleno derecho.

Ha de partirse de entrada del carácter restrictivo con que ha de interpretarse la concurrencia de esta concreta causa de nulidad, para evitar de otro modo que

cualquier defecto de legalidad pueda cuestionarse por esta vía. Como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de mayo de 2012 (RC 7113/2010):

*«los supuestos de nulidad, y este en particular, han de ser objeto de interpretación restrictiva, para no convertir la revisión excepcional de actos firmes por nulidad en un debate ordinario de legalidad común, en contra de la finalidad y razón de ser de la figura. El precepto no puede interpretarse en el sentido de que cualquier percepción de un beneficio monetario cuando no se dan los requisitos legales para ello pueda devenir en acto nulo, pues en ese caso no habría práctica diferencia entre los actos radicalmente nulos y los anulables; debe ser interpretado en consonancia con el resto de supuestos, que prevén actos de contenido imposible, constitutivos de delito, dictados con manifiesta incompetencia, esto es, vicios que afectan a carencias radicales y esencialísimas del acto . El precepto da respuesta a un supuesto de nulidad que no venía contemplado en la antigua Ley de Procedimiento de 1958 y que venía siendo reclamado por la doctrina, para dar cabida a casos no expresamente previstos en la antigua regulación pero de flagrante irregularidad en los que se otorgan nombramientos, concesiones, facultades de obrar, o se constituyen situaciones jurídicas, en ausencia de los más elementales elementos constitutivos de quien los recibe, tal como el reconocimiento a un menor de derechos que exigen la mayor edad, nombramiento para un cargo sin poseer el título correspondiente, etc.».*

En otros términos, no basta aducir cualquier género de incumplimiento para que la revisión de oficio pueda prosperar al amparo de esta causa de nulidad de pleno derecho. No es suficiente que se haya desatendido la observancia de un requisito necesario para la adquisición de un derecho o de una facultad; y ha de tratarse, por consiguiente, del incumplimiento de un verdadero requisito de carácter esencial.

Esto expuesto, no parece que se haya producido en el caso un incumplimiento de estas características, como, paradigmáticamente, podría haber sido, en su caso, la ausencia de la condición de empleado público en el funcionario que resultó nombrado para el puesto.

Una vez más ha de insistirse en que lo que se denuncia es el mantenimiento prolongado de una situación a la que podría haberse puesto fin sin dificultad, en tanto que se trata de una mera asignación temporal y excepcional de funciones y el funcionario nombrado al efecto puede cesar en cualquier momento, sin derecho a indemnización, cuando la plaza sea cubierta por el procedimiento correspondiente, bien de ingreso o de provisión de puestos de trabajo, o incluso una mera comisión de servicios de un funcionario que cumpla con todos los requisitos previstos en la relación de puestos de trabajo.

El funcionario que ha venido desempeñando el puesto de trabajo de gestor de recursos humanos no ha consolidado ningún derecho a seguir desempeñándolo por el mero transcurso del tiempo.

Y, por otra parte, ha de tenerse presente también que el funcionario que ha venido desempeñando el puesto ha percibido las retribuciones complementarias correspondientes a un puesto que ha desarrollado de manera efectiva. Por lo que privarle ahora de tales retribuciones a resultas de una eventual declaración de nulidad produciría en la Administración que ha consentido tácitamente la actuación irregular un enriquecimiento injusto.

El Decreto 3282/2001, que contemplaba de manera expresa que el funcionario percibiría las retribuciones complementarias del puesto de gestor de recursos humanos mientras desempeñara las funciones, es un acto firme y consentido que desplegará efectos mientras no se cubra la plaza de forma regular, como el Decreto 3282/2001 señala con toda claridad.

Vuelve a ponerse manifiesto del modo expuesto la improcedencia del enfoque con que pretende llevarse a efecto la revisión de oficio auspiciada en este supuesto. Aunque se declarara nulo el Decreto 3282/2001 después de dieciocho años, ciertamente, el problema seguiría subsistiendo mientras no se cubra la plaza con un funcionario que cumpla con todos los requisitos exigidos por la relación de puestos de trabajo, porque el Ayuntamiento tiene que seguir funcionando.

No es, por tanto, un problema formal de declarar nulo el Decreto 3282/2001 el que aquí se plantea, sino de cubrir la plaza con regularidad para poder cesar automáticamente al funcionario que la venía desempeñando sin cumplir los requisitos para ello.

**8.** Este Consejo Consultivo, en suma, no aprecia la concurrencia de las causas de nulidad de pleno derecho sobre la que se fundamenta el ejercicio de la potestad de revisión en el supuesto que nos ocupa.

Y debido a la falta así de la concurrencia del presupuesto legalmente para el ejercicio de dicha potestad, resulta innecesario plantearse en este caso si resulta o no procedente la aplicación de los límites asimismo establecidos legalmente al ejercicio de la potestad de la revisión de oficio ahora en el art. 106 LPACAP (antes, art. 110 LRJAP-PAC).

## **C O N C L U S I Ó N**

La Propuesta de Resolución por la que se declara nulo de pleno derecho el Decreto del Alcalde-Presidente n.º 3282/2001, de 28 de diciembre, por el que se atribuyó con carácter excepcional, temporal y accidental el puesto de Gestor de Recursos Humanos a (...), auxiliar de la Escala de Administración General del Ayuntamiento de Candelaria, no es conforme a Derecho, porque no ha lugar a apreciar la concurrencia de las concretas causas de nulidad de pleno derecho invocadas en el presente procedimiento.