



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 6 4 / 2 0 2 2

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 28 de noviembre de 2022.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del acto producido por silencio administrativo de reconocimiento de grado personal 26 del funcionario (...), en los términos declarados por sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 7 de abril de 2022, PA498/2021 (EXP. 417/2022 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Por el Sr. Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial del Gobierno de Canarias se solicita Dictamen preceptivo de este Consejo Consultivo en relación con la Propuesta de Resolución en el procedimiento de revisión de oficio incoado a causa del reconocimiento de grado personal 26 al funcionario de carrera (...).

2. La legitimación del Sr. Consejero para solicitar el dictamen, la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo y su preceptividad, 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 con el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que permite a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo, declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP.

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en el art. 106.1 LPACAP, es preciso que el dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no lo considera así.

3. La Agencia Canaria de Protección del Medio Natural es competente para la incoación, tramitación y resolución del presente procedimiento, de acuerdo con lo establecido en los arts. 20 y 352 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (Ley del Suelo), en concordancia, asimismo, con lo establecido en los arts. 106 y siguientes de la LPACAP. El ejercicio de dichas competencias corresponde a la Dirección Ejecutiva de la Agencia Canaria de Protección del Medio Natural, de conformidad con lo establecido en el art. 19.3 de los Estatutos de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural (según su denominación anterior), aprobados por Decreto 189/2001, de 15 de octubre.

4. No ha transcurrido el plazo máximo de seis meses para notificar resolución expresa desde el inicio del procedimiento, pues el procedimiento se inició de oficio por Resolución núm. 813, de 2 de junio de 2022, de la Dirección Ejecutiva de la Agencia.

Se ha de recordar que el incumplimiento de estos plazos conlleva como consecuencia jurídica la caducidad del procedimiento y el consiguiente archivo de las actuaciones, sin perjuicio de poder iniciarse un nuevo procedimiento, en su caso.

5. No se aprecia la existencia de deficiencias formales que, por producir indefensión al interesado, obsten un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

En cuanto a los hechos de los que trae causa la presente revisión de oficio, son los siguientes:

- (...) es funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Administradores, Escala de Administradores Generales (Grupo A, Subgrupo A1), de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, en virtud de las pruebas selectivas convocadas por Resolución de 26 de junio de 2017, ocupando el puesto número 25374, Instructor, de la Relación de Puestos de Trabajo de la Agencia Canaria de Protección del Medio Natural, con carácter definitivo, desde el 1 de marzo de 2019 (BOC n.º 41, de 28 de febrero de 2019).

El citado puesto cuenta con un complemento de destino 24, siendo que en fecha 13 de octubre de 2021 se dictó resolución en la Agencia Canaria de Protección del Medio Natural por la que se reconoció de oficio a (...) grado personal consolidado 24, con efectos administrativos desde el 1 de marzo de 2021, al haber ocupado el indicado puesto durante dos años continuados.

- Se tramitó en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de Las Palmas de Gran Canaria, procedimiento abreviado a instancias del interesado contra la citada Resolución del Director Ejecutivo de la ACPMN por la que se le reconoció el grado personal 24.

Por la parte recurrente se solicitó el dictado de una sentencia por la se declarara nulo y sin efecto el acto administrativo recurrido, alegando que el 16 de enero de 2020 reclamó a la Dirección General de Función Pública el reconocimiento del grado 26 consolidado por haber desempeñado el puesto de Subdirector de Gestión de Servicios Generales en el Servicio Canario de Salud durante 2 años, 5 meses y 27 días, entendiéndose que lo había adquirido por silencio positivo por aquella reclamación.

- En fecha 16 de febrero de 2022 se emitió informe por el Jefe de Servicio de Régimen Jurídico de Personal y Relaciones Laborales del Servicio Canario de Salud en el que se hizo constar, entre otras cuestiones:

«Con fecha 16/01/2020, (...), funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Administradores, Escala de Administración General, adscrito con carácter definitivo al puesto de trabajo de esa Agencia (Agencia Canario de Protección del Medio Natural) presenta escrito, con registro de entrada núm. 6043412020 CPJ1 497012020, en la Consejería de Presidencia Justicia e Igualdad, que a su vez lo remite al Servicio Canario de la Salud con registro SCS12316712020. (...)

No obstante lo anterior, como el interesado presenta su solicitud en base a que durante el tiempo que prestó servicios en este Servicio Canario de la Salud, habría consolidado el mencionado grado, se emite informe sobre el mencionado periodo, para que esa Agencia pueda resolver sobre lo solicitado:

El interesado expone que desde el 19/03/2007 al 16/09/2009 desempeñó el puesto de Subdirector de Gestión de Servicios Generales, con nivel CD 26, en el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil, por lo que habría consolidado dicho nivel, al haber desempeñado dicho puesto durante más de 2 años continuados.

En contra de lo expuesto por el solicitante, no existe grado de personal objeto de consolidación en los puestos que ocupa el personal estatutario de los servicios de salud, por lo que el puesto de Subdirector de Gestión de Servicios Generales no se puede consolidar el

mismo, sino que el nivel del puesto lo es solo a efectos retributivos. Así, la Sentencia núm. 99/1999, de 31/05/1999 (BOE núm. 154, de 2910611999) del Tribunal Constitucional, reconoce la imposibilidad de la consolidación de grado en los puestos de personal estatutario, cuando en el fundamento de derecho 5 dispone lo siguiente:

<<Dicho esto, cabe entender que, en el presente caso, la falta de puntuación del recurrente en el apartado del baremo referente a la "posesión de determinado grado personal", debido a su condición de personal estatutario de la Seguridad Social, ha supuesto una vulneración de su derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública autonómica (art. 23.2 C.E.).

En efecto, la Comisión de Selección advirtió las dificultades que planteaba la aplicación del baremo a candidatos sujetos a regímenes estatutarios diferentes y concretamente en relación con el recurrente elevó consulta al INSALUD sobre el particular, informando dicho organismo que "entre el personal estatutario no estaba prevista la consolidación de grado en los términos establecidos en la Ley 30/84">>.

En ese sentido, la sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJ Castilla La Mancha, sección 2, de 27/06/2017, en el recurso núm. 13812016, en su fundamento de derecho Segundo dispone la siguiente:

"La carrera profesional del personal estatutario se regula en el Decreto 62/2007 de 22 de mayo de 2007 de la Consejería de Sanidad (EDL 2007139679), previéndose un sistema propio y muy diferente en lo que a la adquisición de grado se refiere de dicho personal.

Y nada tiene que ver el nivel 27 con el que ha sido retribuido, trabajando para las instituciones sanitarias de la JCCM, con la consolidación de un grado personal en su carrera profesional como funcionario de la JCCM.

El propio recurrente reconoce abiertamente que el régimen jurídico funcional y el estatutario son dos sistemas estancos. Y que a un empleado estatutario no cabe aplicarle las normas de los funcionarios públicos y a un funcionario público las normas del personal estatutario".

Y más adelante continúa la mencionada sentencia estableciendo:

"Pues bien, el apelante, durante el tiempo que está en el Sescam, efectivamente continúa como funcionario en activo de la JCCM, y en su Cuerpo de Origen; y añadimos que con el Grado que ostentaba (25); sin que pueda consolidar grado superior mientras permanezca en el Sescam, al tratarse de carreras profesionales distintas y en las que la adquisición de un determinado grado se sujeta a requisitos totalmente diferentes.

(...) No se le veda o trunca el derecho a la carrera profesional como funcionario; únicamente no puede promocionar a nivel superior como funcionario mientras esté, por propia voluntad, en instituciones sanitarias del Sescam, pues le es de aplicación la Ley

55/2003 (EDL 20031149845) en derechos, deberes y régimen retributivo, tal y como establecían las Bases del Proceso Selectivo.”

A mayor abundamiento, incluso considerando que el personal funcionario puede consolidar grado en plazas del Servicio Canario de la Salud (SCS), cuando el interesado es nombrado Subdirector de Gestión, prestaba sus servicios con nombramiento como personal estatutario (en el que no existe grado), siendo nombrado con posterioridad, el 16/10/2007 funcionario de carrera en el SCS, por lo que, en todo caso, desde su nombramiento como personal funcionario en esa fecha (16/10/2007) hasta su cese en el puesto directivo (16/9/2009) no han transcurrido los 2 años que exige la normativa de personal funcionario citada por el reclamante (...) ».

- En fecha 17 de marzo de 2022 se emitió informe por la Jefa de Servicio de Régimen y Registro de Personal y la Subdirectora de Planificación y Racionalización de Empleo Público de la Dirección General de Función Pública del Gobierno de Canarias en el que, entre otras cuestiones, se hizo constar:

«ANTECEDENTES

Primero.- El 1 de julio de 2004 (...) toma posesión como funcionario de carrera del Cuerpo Auxiliar de la CAC, hasta el 31 de octubre de 2006, fecha en la que RENUNCIA a la condición de funcionario.

(Renuncia a la condición de funcionario al no poder pasar a la situación de excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público, al obtener nombramiento como personal estatutario temporal de la categoría de Grupo Técnico de la Función Administrativa en el Hospital Universitario Insular Materno Infantil y no reunir los requisitos que se establecen en el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, modificado por el Real Decreto 225/2006, de 3 de marzo).

Segundo.- El 1 de noviembre de 2006 es nombrado personal eventual estatutario Grupo Técnico Función Administrativa del Hospital Materno Insular, grupo A1, hasta el 18 de marzo de 2007.

Tercero.- (...) ocupó con carácter provisional puesto de Subdirector Gestión AT. ESP. CAT.2 en el Servicio Canario de la Salud desde 03/01/2007 a 18/07/2007 y desde 19/07/2007 a 16/09/2009, puesto que no supone vínculo funcional (vínculo Directivo). Para ello suscribe un Contrato de alta dirección suscrito al amparo de lo establecido en el Decreto 123/1999, de 17 de junio y en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por la que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Cuarto.- En fecha 16 de octubre de 2007, el interesado es nombrado funcionario de carrera del Cuerpo de Gestión General de la CAC, Grupo A, Subgrupo A2, pasando con esa misma fecha a la situación administrativa de Excedencia Voluntaria por prestación de

servicios en el sector público (durante este período de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público no se genera derecho a consolidar grado personal (elemento propio de la carrera administrativa de funcionario), para permanecer como Subdirector de Gestión en el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil y hasta el 16 de septiembre de 2009.

Quinto.- El 17 de septiembre de 2009, reingresa al servicio activo en el puesto de trabajo 26816, Técnico de Grado Medio en el Servicio Canario de la Salud, Grupo A, Subgrupo A2, dotado con nivel 22 de complemento de destino hasta el 31 de mayo de 2015.

Sexto.- El 1 de junio de 2015, se le adjudica mediante concurso de méritos el puesto de trabajo anterior hasta el 28 de febrero de 2019.

Séptimo.- El 22 de junio de 2017, se recibe, a través de la aplicación de personal SIRHUS, propuesta de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud, de reconocimiento de grado personal 22, con efectos de 1 de junio de 2017, sin que conste solicitud formulada al efecto por el funcionario.

Octavo.- El 28 de junio de 2017, esta Dirección General de la Función Pública, en uso de las competencias establecidas en el Decreto 196/1994, de 30 de septiembre, sobre adquisición y reconocimiento del grado personal, que señala que la resolución de reconocimiento de grado será dictada previo informe favorable de la Dirección General de la Función Pública, informa DESFAVORABLEMENTE la propuesta de consolidación de grado 22 con los efectos propuestos de 1 de junio de 2017, ya que del análisis de su vida administrativa y por aplicación de la normativa, el funcionario consolidaría a fecha 1 de junio de 2015, el grado 22, considerando el período superior a dos años en adscripción provisional en un puesto de nivel 22 con anterioridad a la fecha en la que obtuvo por concurso de méritos el puesto n.º 26816 "Técnico grado medio" en el Servicio Canario de la Salud, con nivel de complemento de destino 22 ."

Noveno.- El 29 de junio de 2017, la misma Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud, remite mediante la aplicación SIRHUS, nueva propuesta de reconocimiento de grado personal 22, con efectos de 1 de junio de 2015, sin que conste solicitud formulada al efecto por el funcionario.

Décimo.- El 12 de julio de 2017, esta Dirección General de la Función Pública, informa FAVORABLEMENTE dicha propuesta de reconocimiento de grado 22, con los efectos propuestos de 1 de junio de 2015, ya que del análisis de su vida administrativa y por aplicación de la normativa, el funcionario podría consolidar en la fecha indicada el grado con nivel 22, considerando el período superior a dos años en adscripción provisional en el mismo puesto al obtenido por concurso de méritos, puesto n.º 26816 "Técnico de Grado Medio" en el Servicio Canario de la Salud, con nivel de complemento de destino 22", (se adjunta la oportuna Resolución de reconocimiento de grado personal 22 con efectos de 1 de junio de 2015).

Undécimo.- En fecha 14 de julio de 2017 se inscribió en el Registro de Personal de la Comunidad Autónoma de Canarias resolución del Servicio Canario de Salud de fecha 12 de julio del mismo año, por la que se reconoció grado personal consolidado 22 al funcionario de referencia, con efectos administrativos de 1 de junio de 2015.

Duodécimo.- No consta en este Servicio de Régimen y Registro de Personal que el mencionado funcionario haya presentado recurso contra dicho acto de reconocimiento de grado 22.

Decimotercero.- (...) ocupa en la actualidad el puesto N.0 RPT 25374, Instructor, en la Agencia Canaria de Protección del Medio Natural, en adscripción definitiva desde 01/03/2019, fecha en la que toma posesión como funcionario de carrera del Cuerpo Superior de Administradores, Escala de Administradores Generales (Grupo A, Subgrupo A1) de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, en virtud de las pruebas selectivas convocadas por Resolución de 26 de junio de 2017, por promoción interna. Dicho puesto de trabajo está dotado con nivel 24 de complemento de destino.

Decimocuarto.- Con fecha de 16/01/2020 dirige solicitud a la Dirección General de la Función Pública del Gobierno de Canarias con registro de entrada núm. 60434/2020 CPJ1 4970/2020 solicitando se dicte resolución por la que se le reconozca el grado personal 26 con retroactividad a fecha de 18/03/2009, por haber desempeñado el puesto de Subdirector de Gestión de Servicios Generales, en el Servicio Canario de la Salud (SCS), del 19/03/2007 al 16/09/2009, así como se le abone en concepto de complemento de destino, la cantidad correspondiente al nivel CD 26, en los periodos por él indicados, así como cantidad en concepto de responsabilidad patrimonial.

Decimoquinto. - Con fecha de 23 de enero de 2020 se remite la citada solicitud al Servicio Canario Salud desde la Dirección General del Función Pública.

- Siendo el fondo del asunto, que el reconocimiento del grado 26 es contrario al ordenamiento jurídico, y dado que la resolución que debe adoptarse es estimatoria por silencio administrativo, por acto presunto, deberá iniciarse el correspondiente trámite de revisión de los actos en vía administrativa, señalado en el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dado que la pretensión (grado 26 por haber suscrito un contrato de Alta Dirección, sujeto a reglas de carácter laboral) es nula de pleno derecho».

En el citado informe constan, además, los fundamentos jurídicos para el dictado de esta resolución que se recogen en las consideraciones jurídicas.

- En Sentencia de 7 de abril de 2022, dictada en el citado procedimiento abreviado, se estimó el recurso presentado por el interesado, se anuló el acto impugnado y se condenó a la Comunidad Autónoma a reconocer, con efecto de 18 de

marzo de 2009, el grado personal 26, debiendo procederse a su inscripción o anotación en el expediente del funcionario demandante; ello por entender que se había producido silencio administrativo al no resolverse la solicitud formulada en fecha 16 de enero de 2020 por el interesado.

En los Fundamentos de Derecho de dicha Sentencia se recoge, asimismo: *«y todo ello sin perjuicio de que, si la Administración considera que el acto producido por silencio positivo no es ajustado a derecho, inicie las actuaciones tendentes a la revisión de aquel»*.

- Del mismo modo se ha recibido en esta Agencia comunicación del Servicio Jurídico, de fecha 20 de abril de 2022, haciendo constar que al haber operado el silencio positivo sobre el grado 26, la Resolución posterior de la Agencia Canaria de Protección del Medio Natural reconociendo el grado 24 es anulada por la Sentencia, por lo que condena al reconocimiento del grado 26, debiendo procederse a su inscripción, y ello, con independencia de que se proceda a la revisión de oficio del acto adquirido por silencio positivo si se considera oportuno.

En la referida comunicación se hace constar que el Decreto 196/1994, de 30 de septiembre, de reconocimiento del grado, recoge que es competente el Departamento donde preste servicio el funcionario.

- En fecha 20 de mayo de 2022 ha tenido entrada en esta Agencia el traslado, desde los Servicios Jurídicos, de Diligencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Las Palmas de fecha 17 de mayo de 2022 por la que se comunica la firmeza de la sentencia dictada a efectos de su ejecución.

- Por Resolución de la Dirección Ejecutiva de esta Agencia de fecha 2 de junio de 2022, núm. 813, se inició expediente de revisión de oficio del acto producido por silencio administrativo de reconocimiento de grado personal 26 del funcionario (...), en los términos declarados por sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 7 de abril de 2022, PA498/2021, por estar afecto de nulidad de pleno derecho, así como la suspensión del acto objeto de revisión por entender que éste pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

- La citada resolución fue notificada al interesado en la misma fecha concediéndose plazo de audiencia por diez días.

- Por la representante del interesado se presentó escrito en fecha 10 de junio de 2022 en el que solicitó que las notificaciones en este procedimiento se le hicieran en

sede electrónica, se le remitiese certificación de inscripción o anotación del grado personal 26, se le facilite acceso al acceso a los documentos que forman parte del expediente de revisión de oficio, se identifique al funcionario que está tramitando el expediente y ampliación de plazo para formular alegaciones a 15 días a contar desde que se pongan a su disposición los documentos del expediente administrativo.

- En fecha 14 de junio de 2022 se requirió acreditar la representación de quien manifestó ostentarla, dictándose resolución, en fecha 15 de junio, por la Dirección Ejecutiva por la que se suspendió el plazo máximo para resolver este procedimiento desde la notificación del requerimiento hasta su efectivo cumplimiento.

- En fecha 16 de junio de 2022, se puso a disposición del interesado en este expediente la documentación obrante en el mismo.

- En fecha 28 de junio de 2022 se presentó escrito por la representación del interesado por el que se comunicó que se autorizaba el acceso al registro de apoderamientos para verificar su representación y se solicitaba acceso a la documentación del expediente, y a las notificaciones que manifestó que no se le había permitido acceder, así como certificación de la inscripción de grado 26.

- En fecha 29 de junio de 2022 se dictó resolución de la Dirección Ejecutiva, núm. 936, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«PRIMERO: Levantar la suspensión del plazo máximo legal para resolver este procedimiento y notificar su resolución, establecida por resolución de esta Dirección Ejecutiva de fecha 15 de junio de 2022.

SEGUNDO: Desestimar la solicitud de ampliación de plazo para formular alegaciones al estimarse injustificado toda vez que el interesado cuenta, para formular alegaciones, desde el día 2 de junio de 2022, disponiendo de la información obrante en el expediente, y teniendo a su disposición, sin perjuicio de ello, copia íntegra de la documentación el día 16 de junio de 2022.

TERCERO: Sin perjuicio de lo acordado se ordena que se ponga a disposición del interesado y su representante nuevamente la documentación obrante en el expediente junto a la notificación de esta resolución.

CUARTO: Informar al interesado que la responsable de la tramitación del expediente es la Jefa de Servicio de Régimen Interior y Registro de esta Agencia.

QUINTO: Informar al interesado que el resto de las peticiones formuladas habrán de tenerse en cuenta como alegaciones al expediente».

- En fecha 20 de julio de 2022 se emitió informe-propuesta en este expediente por la Jefa de Servicio de Régimen Interior y Registro de esta Agencia.

- En fecha 2 de agosto de 2022 se ha recibido el preceptivo informe emitido desde la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos en los términos del art. 20.e) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, de 14 de mayo.

- Por último, la Propuesta de Resolución Declara nulo de pleno derecho el acto producido por silencio administrativo de reconocimiento de grado personal 26 del funcionario (...), en los términos declarados por sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 7 de abril de 2022.

III

1. Este Consejo Consultivo, siguiendo constante y abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que *«la revisión de oficio supone el examen por la Administración de la legalidad de sus propios actos y en razón de los vicios e infracciones legales que le son imputables a los mismos, es decir, que por formar parte de su contenido, formal o sustantivo, le son atribuibles y susceptibles de valoración y corrección por la propia Administración autora del acto en el ejercicio de potestad de revisión, sin que pueda extenderse al examen de la legalidad de otros actos dictados por otras administraciones no sujetos a revisión»* (STS 405/2020, de 14 de mayo, Rec. De casación 2269/2019).

Es el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de 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. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella solo es posible cuando concurra 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 (Dictámenes de este Consejo 302/2018, de 29 de junio y 430/2017, de 14 de noviembre, que reiteran varios pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

Por su parte, en el DCC 46/2016, de 18 de febrero afirmábamos que *«no toda infracción del Ordenamiento jurídico conlleva la revisión de oficio, que no está*

prevista para corregir errores o deficiencias de la Administración, sino para suprimir actos administrativos contaminados con vicios graves determinantes del nacimiento del derecho o facultad (...) ».

En definitiva, *«la revisión de oficio en principio no es una técnica al servicio de la instrucción de una «causa general» respecto de determinado procedimiento, sino el instrumento que permite anular actos con vicios de orden público, que son los que la ley califica como causas de revisión, debidamente interpretadas en función de las circunstancias del caso, la conducta de los interesados y la actuación de la Administración»* (DCC 449/2017).

En el mismo sentido, más recientemente, nos pronunciamos en nuestros Dictámenes 17/2021, de 21 de enero y 209/2022, de 1 de junio, cuya doctrina invoca y reproduce el informe emitido por los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, incorporado al presente expediente.

2. En el presente caso, se esgrime como única causa de nulidad la prevista en el art. 47.1.f) LPACAP, en virtud de la cual son nulos de pleno derecho los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

Repárese que se revisa un acto presunto, de efectos positivos, que resuelve la solicitud de reconocimiento de grado personal al interesado funcionario de carrera cuando solicita ese reconocimiento.

Así, ese silencio positivo le reconoce el grado personal 26 computándosele el tiempo en el que estuvo desempeñando un puesto directivo en el SCS pese a que en ese tiempo, siendo funcionario, se encontraba en situación de excedencia voluntaria.

Dado así el reconocimiento de su derecho mediante resolución judicial firme (Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 7 de abril de 2022, PA498/2021) como consecuencia de la aplicación a este caso de la técnica del silencio administrativo positivo, procede ante todo señalar que lejos está de resultar pacífico el ejercicio de la revisión de oficio, habida cuenta de la expresada circunstancia.

Valga al respecto como botón de muestra la cita de las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 2019 y 16 de marzo de 2020. De extrapolarse la doctrina contenida en ellas, no cabría la posibilidad de efectuar esa

“revisión” a la que sin más calificativos se refiere la resolución judicial firme antes mencionada (Sentencia de 7 de abril de 2022).

En todo caso, la controversia en torno a esta cuestión no por ello viene a disiparse, por lo que se formulan a continuación las consideraciones que siguen, ya concretamente, a propósito de la vía de la revisión de oficio iniciada por la Administración en este caso.

3. Sobre la causa concreta de nulidad de pleno derecho esgrimida por ella al expresado fin [en la actualidad, art. 47.1.f) LPACAP], nos hemos manifestado desde antiguo (DCC 219/2014, de 12 de junio): *«En este sentido, se ha de recordar, ante todo, como tantas veces se ha insistido por este Consejo Consultivo, que para la aplicación de la causa de nulidad prevista en el apartado f) del art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) -actual 47.1.f) de la LPAC-, se requiere que el interesado haya adquirido, en virtud del acto administrativo firme y antijurídico, facultades o derechos sin tener los requisitos que la norma vulnerada establece para su adquisición con carácter esencial.*

Así pues, no basta que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieran en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al Ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición, no cualesquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos sean necesarios para la adquisición del derecho.

Por ello, se habrá de discernir entre requisitos necesarios y requisitos esenciales, de forma que sólo serán esenciales aquellos que constituyan presupuestos ineludibles de la estructura definitoria del acto, irreconocible sin ellos, o bien, que han de cumplirse inexorablemente para que alcance su fin la norma vulnerada’» (Dictamen 178/2014, de 14 de mayo).

Por su parte, como advertíamos en el DCC 51/2022, de 4 de febrero si dentro de los requisitos esenciales se incluyera cualquier condición necesaria para la validez del acto declarativo de derechos, entonces entraría en la categoría de nulidad radical todo supuesto de ilegalidad de un acto declarativo de derechos, en la medida en que dicha ilegalidad se funda siempre en la ausencia de una de las condiciones o requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.

En definitiva, el art. 47.1.f) LPACAP debe ser interpretado restrictivamente, porque la equiparación de requisito esencial a cualquier requisito necesario aniquila la distinción legal de causas de nulidad y de anulabilidad y el sistema legal de recursos con interposición sometida a plazo. Por todas estas razones debe reservarse

la expresión *«requisitos esenciales»* para aquellos vicios jurídicos en que el acto carece, no de cualquier requisito legal, sino de aquellos que le son realmente inherentes y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida; de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma.

Por lo tanto y en relación con esta última condición, como ya considerábamos en el DCC 117/2021, de 11 de marzo, no bastará con que el acto incumpla cualquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos se exijan para la validez del acto que determina la adquisición del derecho, sino que resulta preciso distinguir entre *«requisitos necesarios»* y *«requisitos esenciales»*, de tal forma que no todos los que puedan ser considerados como necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de *«esenciales»* (Dictámenes del Consejo de Estado 2.454/1994, 5.577 y 5.796/1997, 1.530/2002, 741/2004, entre otros), que sólo revestirán tal carácter cuando constituyan los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto (Dictámenes del Consejo de Estado 351/1996, 5.796/1997 y 2.347/2000, entre otros).

Así, sólo podrán considerarse esenciales aquellos requisitos cuya concurrencia sea imprescindible para la configuración del derecho en cuestión. Tales condiciones han de venir definidas de manera conforme a la ley y su infracción afectar de modo grave tanto a la *«estructura esencial del acto administrativo como al precepto legal vulnerado»* (Dictamen del Consejo de Estado 842/1996) (DCC 117/2021). Así pues, serán esenciales cuando constituyan presupuestos ineludibles de la estructura definitoria del acto, irreconocible sin ellos, o bien que han de cumplirse inexorablemente para que alcance su fin la norma vulnerada, esto es, sólo aquellos que le son realmente inherentes al acto y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida, de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma.

4. En el presente caso, el interesado instó el reconocimiento del grado 26 por haber desempeñado el puesto de Subdirector de Gestión de Servicios Generales en el Servicio Canario de la Salud del 19 de marzo de 2007 al 16 de septiembre de 2009, y obtuvo dicho reconocimiento por silencio administrativo positivo, tal y como así vino a reconocérsele mediante resolución judicial firme.

La Administración pretende ahora anular este acto presunto favorable mediante el ejercicio de la potestad de revisión de oficio, esgrimiendo al efecto la concreta causa de nulidad de pleno derecho establecida por el art. 47.1.f) LPACAP -esto es, el incumplimiento de un requisito esencial para la adquisición del derecho reconocido-, y fundando a su vez su pretensión sobre la base de la existencia de una supuesta falta de concordancia entre el régimen del personal estatutario y el de los funcionarios de la Administración general.

Lo cierto, sin embargo, es que las consideraciones sentadas con anterioridad obligan a efectuar una interpretación estricta y restrictiva de la causa de nulidad de pleno derecho que en este caso se pretende hacer valer y, en realidad, el argumento cabría extenderlo, asimismo, a las demás causas de nulidad legalmente establecidas legitimadoras de la revisión de oficio.

Esto es, no basta con invocar y justificar, en su caso, la concurrencia de una supuesta irregularidad determinante de la antijuridicidad del acto administrativo cuya anulación se pretende, porque la revisión de oficio no es cauce para la depuración ordinaria de los vicios de legalidad de los actos administrativos, sino una vía de carácter excepcional únicamente legítima para eliminar del ordenamiento jurídico aquellas infracciones más ostensibles y graves que con ocasión del dictado de tales actos hubieran podido cometerse.

En el supuesto que nos ocupa, se aduce por la Administración la imposibilidad de la consolidación de grado en los puestos de personal estatutario, por lo que, en el puesto de Subdirector de Gestión de Servicios Generales que el interesado ocupaba, no se puede consolidar el grado, siendo así que el nivel que dicho puesto tiene asignados lo es solo a efectos retributivos.

No se trata, sin embargo, de cuestionar la consistencia de esta línea argumentativa, porque no procede realizar en este caso un juicio de legalidad sobre el acto que se pretende revisar, tal y como acabamos de indicar.

Lo importante ahora, en efecto, es resaltar que lejos está de ser ostensible y manifiesto que la supuesta falta de concordancia entre el régimen del personal de la Administración pueda cuestionarse por vía interpretativa, con vistas a evitar la desigualdad ante situaciones materiales susceptibles de ser asimiladas por resultar a la postre sustancialmente homogéneas.

Adviértase una vez más -hemos de volver a insistir- de que no se trata aquí, en el fondo y de plano, de refutar la posición mantenida por la Administración

(imposibilidad de consolidación de grado en los puestos de personal estatutario -en el caso, Subdirector de Gestión de Servicios Generales del SCS-, en tanto que el nivel asignado a tales puestos es solo a efectos retributivos), que podría ciertamente tratar de hacerse valer a través de un juicio ordinario de legalidad de los actos administrativos.

En rigor, no es esto lo que se plantea en este caso, sino que ahora de lo que se trata es de determinar la procedencia de servirse de la vía excepcional de la revisión de oficio para la anulación del acto administrativo presunto que se intenta llevar a efecto; y de conformidad con lo expuesto, dista de ser palmario que la infracción cometida del ordenamiento jurídico resulte ostensible y manifiesta, y por tanto grave también, a fin de que el planteamiento defendido por la Administración pueda prosperar mediante la vía de la revisión de oficio.

- Carecería del requerido carácter esencial para la adquisición del derecho a la consolidación del grado personal el incumplimiento del requisito de la ocupación efectiva del puesto de trabajo que no tuviera asignado el nivel que se quiere hacer valer, como manifestamos en nuestro Dictamen 105/2000, y se cuida de recordar en este mismo expediente el informe evacuado por los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma. Y, por tanto, cabría en principio, así las cosas, acudir a la vía de la revisión de oficio en tales supuestos.

Sin embargo, no es la concurrencia de esta situación de hecho la que se controvierte en el concreto supuesto que ahora nos atañe, porque no se ha puesto en cuestión el desempeño del puesto por el interesado como personal estatutario, ni que dicho puesto tenga asignado el nivel que precisa, para la consolidación de su grado personal, durante el período mínimo legalmente establecido a tales efectos.

- Deja en cambio de ser inconcuso el carácter esencial del requisito para la adquisición del derecho cuyo incumplimiento la Administración intenta hacer valer en el supuesto que nos ocupa, porque la cuestión queda abierta a un terreno de índole más valorativo en el que la regla general establecida que pudiera deducirse al efecto (arts. 20.1 a) y 21.2 de la Ley 30/1984) podría llegar a modularse en cuanto a su alcance y a superarse incluso por vía interpretativa, llegado el caso, en determinados supuestos ante situaciones sustancialmente homogéneas, como ya se ha indicado y pone de relieve además la Sentencia constitucional 99/1999, de 31 de mayo, que acertadamente trae a colación el informe evacuado por los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma.

Más allá de ello, de cualquier modo, deja de resultar incontrovertible el carácter ostensible y manifiesto de la infracción cometida que el ordenamiento jurídico requiere acreditar en punto a legitimar la viabilidad jurídica de la revisión de oficio.

En definitiva, este Consejo Consultivo entiende que no concurre la causa de nulidad esgrimida para anular el acto presunto de reconocimiento de grado personal 26 del funcionario de carrera, por silencio positivo, al interesado, ya que no concurre la causa de nulidad alegada prevista en el art. 47.1.f) LPACAP, en virtud del cual son nulos de pleno derecho los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, al no haberse acreditado la esencialidad del requisito cuyo incumplimiento habilitaría el ejercicio de la revisión de oficio, lo que impide dictaminar favorablemente la propuesta de resolución sometida a nuestro parecer en este caso, tal como dispone el art. 106.1 LPACAP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo Consultivo, que declara la nulidad del acto presunto de reconocimiento de grado personal 26 del funcionario de carrera, por silencio positivo, al interesado, no es conforme a Derecho, pues no concurre la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.f) LPACAP, tal como se razona en el Fundamento III.

Por ello, se dictamina desfavorablemente la declaración de nulidad pretendida por la Administración, por lo que, dado el carácter vinculante del parecer de este Consejo, no se podrá declarar la misma, de acuerdo con el art. 106.1 LPACAP.