

Expediente Núm. 44/2014
Dictamen Núm. 49/2014

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 20 de marzo de 2014, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 17 de febrero de 2014 -registrada de entrada el día 21 del mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio de dos resoluciones de reconocimiento de grado personal y complemento personalizado derivadas de las adjudicaciones con carácter definitivo, en concurso de méritos, de otros tantos puestos de trabajo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante sendas Resoluciones del Director General de la Función Pública, dictadas por delegación el 26 de noviembre y el 10 de diciembre de 2009, respectivamente, se reconoce el grado personal consolidado y el complemento personalizado a dos funcionarios de la Administración del Principado de Asturias a los que se les habían adjudicado, con carácter definitivo y por Resolución de

la misma Consejería de 23 de octubre de 2009, otros tantos puestos de trabajo convocados para su provisión mediante concurso de méritos.

2. El día 4 de noviembre de 2009, el titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo dicta sentencia parcialmente estimatoria del recurso interpuesto en su día frente a la resolución por la que se convocaba aquel concurso de méritos, por considerar que “el inciso incluido en la Base 4.3 de la convocatoria resulta inválido, y ello con la consecuencia de arrastrar la invalidez de las actuaciones subsiguientes ya que, si distinta fuere la base de la convocatoria, distintos serían posiblemente los aspirantes a determinados puestos de trabajo convocados”. La citada resolución judicial se confirma en apelación mediante Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 21 de junio de 2010.

3. Con fecha 24 de noviembre de 2010, la Consejera de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno dicta Resolución por la que se dispone la ejecución de la sentencia y se dejan sin efecto las adjudicaciones de puestos de trabajo obtenidos mediante Resolución de 23 de octubre de 2009, si bien manteniendo en el desempeño provisional de los mismos a los adjudicatarios hasta que se resuelva el procedimiento que se convoque de nuevo y reservándoles su destino definitivo anterior si lo tuvieran, al que pueden retornar de manifestarlo expresamente. Además, se dejan sin efecto los reconocimientos de grado personal derivados de las adjudicaciones “como actos subsiguientes comprendidos en el fallo”.

4. El día 26 de noviembre de 2010, el titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo dicta un Auto, en pieza separada de ejecución, en el que precisa que del fallo de la Sentencia de 4 de noviembre de 2009 deriva la “obligada consecuencia para la Administración (...): De la nulidad de la convocatoria en los términos parciales de los apartados indicados en el fallo (...). De la nulidad de las adjudicaciones de puestos derivados de la misma (...).

De la obligación de efectuar nueva convocatoria ajustada a los parámetros legales”. No obstante, afirma el Magistrado que “de la recta ejecución del fallo no se deriva en modo alguno ni el derecho de los cesados a reintegrarse a sus puestos de origen, ni la revocación del grado personal adquirido en los mismos ni otros actos vinculados a la prestación de servicios en los puestos adjudicados (licencias disfrutadas, retribuciones percibidas, etc.)./ Estamos ante situaciones conexas con la actuación impugnada pero en modo alguno han sido cuestiones tratadas en el litigio, ni planteadas por las partes, ni constituyen pronunciamientos implícitos del fallo, por lo que decisiones de la Administración autonómica como la de ‘dejar sin efecto el grado personal’ a través de la Resolución de la Consejera de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno de 24-11-10 son decisiones sin este amparo judicial (...), debiendo la Administración, si persiste en llevarlas a cabo, tramitarlas con arreglo a procedimientos respetuosos con los actos declarativos de derechos y bajo el control jurisdiccional en procedimiento distinto del que ahora nos ocupa”.

5. Mediante Resolución de la Consejera de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno, de 1 de febrero de 2011, se revoca el apartado cuarto de la Resolución de 24 de noviembre de 2010, en el que se acordaba dejar sin efecto los reconocimientos del grado personal derivados de las adjudicaciones como actos subsiguientes comprendidos en el fallo.

6. El día 2 de diciembre de 2013, la Dirección General de la Función Pública libra un informe en el que se señala que “la adjudicación con carácter definitivo de los puestos convocados por la Resolución impugnada, junto con el desempeño provisional de puestos de igual nivel durante un determinado tiempo, constituye el presupuesto indispensable para la consolidación de los grados personales que ahora se pretenden revisar, del mismo modo que la consolidación del grado es la directa consecuencia de la adjudicación; si esa adjudicación definitiva es declarada nula, tal nulidad debe proyectarse sobre el acto de reconocimiento del grado consolidado por existir una inequívoca

relación de causalidad entre ambos actos administrativos, una conexión que es reconocida en el propio Auto de 26 de noviembre de 2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo”.

En cuanto a los motivos de nulidad de los actos de cuya revisión se trata, se apunta, en primer lugar, al señalado en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, entendiendo que mediante aquellos se adquieren facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, pues “supone la adquisición de un derecho, dado que implica un incremento de su patrimonio jurídico con consecuencias favorables tanto en el plano retributivo como en el plano de la carrera administrativa”, y atendido que “la obtención de un puesto con carácter definitivo es un requisito *sine qua non* para la adquisición del grado personal, pero no solamente eso, sino que se trata de uno de los elementos definatorios, probablemente el más relevante por su vinculación con los principios constitucionales de mérito y capacidad, de la figura de la consolidación de grado”. Se indica, asimismo, que “el mantenimiento y toma en consideración a efectos de promoción profesional (es decir, en el concurso convocado) de los grados consolidados como consecuencia de unas adjudicaciones que han sido declaradas inválidas no solo es contrario a los principios constitucionales de mérito y capacidad, que rigen el acceso a la función pública y el ulterior desarrollo de la carrera administrativa, sino que afecta potencialmente al derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, previsto en el artículo 23.2 de la Constitución”, razonando que tales argumentos “ahondan en la nulidad de pleno derecho del acto de reconocimiento de grado por lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional -art. 62.1.a)-”.

A lo anterior se añade que “la posesión de un determinado grado personal es uno de los méritos susceptibles de valoración en los concursos para la provisión de puestos de trabajo. De este modo, es clara la incidencia que la posesión de un grado personal puede tener en el resultado final de un concurso, y con ello la afectación directa del derecho de acceso de los

funcionarios públicos al desempeño de determinados puestos de trabajo en el ámbito específico de la Administración del Principado de Asturias./ Como consecuencia de la resolución del concurso anulado la Administración ha reconocido el grado personal a aquellos funcionarios, de entre los adjudicatarios, que han formulado solicitud al efecto; estos funcionarios concurrirían al siguiente concurso, de no procederse a la revisión de oficio de tales grados, en condiciones de ventaja respecto a aquellos de sus compañeros que no solicitaron en su momento el reconocimiento del grado personal. De este modo, dos empleados con idéntica trayectoria profesional, que han permanecido el mismo periodo de tiempo en comisión de servicios o adscripción provisional y que partían en origen con el mismo grado consolidado, se verían tratados de distinta manera, ya que a uno se le valoraría el grado personal derivado del puesto adjudicado en el concurso anulado (un puesto singularizado de superior nivel), mientras que al otro se le valoraría el grado personal derivado del anterior puesto de trabajo definitivo, en la mayoría de los casos un puesto base./ El mantenimiento de los grados consolidados no solo es oponible frente a la Administración y frente a terceros, los demás participantes en el nuevo concurso de méritos, sino que además impide a la Administración garantizar una situación de igualdad en el acceso a los puestos convocados y le obliga a tratar de modo distinto situaciones de hecho iguales. Por ello, la Administración no puede permanecer ajena a esta situación y desconocer las consecuencias que arrastraría, generando un aluvión de recursos por parte de los funcionarios perjudicados que abocaría al fracaso el concurso a convocar”.

Finalmente, concluye que “la revisión de oficio de los grados reconocidos como consecuencia del concurso anulado constituye para la Administración una obligación en el ejercicio responsable de sus competencias, ya que de otro modo el nuevo concurso nacería ya hipotecado”.

7. Mediante sendas Resoluciones de la Consejera de Hacienda y Sector Público, de 3 de diciembre de 2013, se inician los procedimientos de revisión de oficio de los actos de reconocimiento de grado personal y complemento

personalizado, con fundamento en los motivos de nulidad a los que se refieren las letras a) y f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Las resoluciones se notifican a los interesados concediéndoles audiencia por un plazo de diez días, sin que conste en el expediente que se hayan formulado alegaciones.

8. Mediante Resolución de la Consejera de Hacienda y Sector Público, de 16 de enero de 2014, se acumulan en uno solo los procedimientos de revisión de oficio iniciados por Resoluciones de 3 de diciembre de 2013, atendida su identidad sustancial e íntima conexión, lo que se notifica a los interesados.

9. Con fecha 21 de enero de 2014, la Consejera de Hacienda y Sector Público dicta Resolución por la que se declara la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento “desde el día 21 de enero de 2014, fecha en que se ha solicitado el preceptivo y determinante informe al Servicio Jurídico del Principado de Asturias, hasta el día de recepción del mismo”, lo que se comunica a los interesados.

10. Al expediente se ha incorporado la propuesta de resolución que suscribe el Director General de la Función Pública el 21 de enero de 2014, en la que, se reproduce la argumentación contenida en su informe de fecha 2 de diciembre de 2013.

11. Con fecha 10 de febrero de 2014, un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias informa favorablemente la propuesta de revisión de oficio. Señala en el informe que “las causas concurrentes al presente procedimiento de revisión de oficio se amparan en los párrafos a) y f) del art. 62.1 de la Ley 30/1992. La revisión de oficio que se tramita no se basa en un mero interés por defender la legalidad, sino en el perjuicio que el mantenimiento de los derechos reconocidos a algunos funcionarios ocasionaría

a otros aspirantes a los concursos de traslados que deben convocarse, lo que atentaría contra los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a puestos públicos. Esto es evidente si consideramos que el art. 51 bis.1.b) de la Ley 3/1985 prevé la posesión de un determinado grado personal como uno de los méritos que deben valorarse en los concursos de traslados. En consecuencia la revisión de oficio se convierte en un paso necesario en defensa de los principios constitucionales de acceso a puestos públicos aplicables a futuros concursos de traslados, que son procedimientos de concurrencia competitiva”.

Por otra parte, afirma que “el reconocimiento de grado tiene un carácter automático, considerando los requisitos previstos en el art. 49 de la Ley 3/1985, de Ordenación de la Función Pública asturiana, y, por lo tanto, resulta independiente de la presentación de una solicitud por el interesado. Por ello, en este expediente coexisten tres situaciones entre los participantes en concurso de traslados declarado nulo por sentencia firme: aquellos que solicitaron rápidamente el reconocimiento de su grado personal y lo obtuvieron mediante resolución administrativa, aquellos que lo hicieron después, pero dada la evolución de los procedimientos judiciales no obtuvieron respuesta, y aquellos que no presentaron solicitud alguna. Pues bien, si tenemos en cuenta los arts. 14 y 23.2 de la Constitución, no cabe que un derecho que se adquiere de modo automático por depender exclusivamente del desempeño de un puesto durante un plazo determinado tras un nombramiento definitivo (ahora nulo) pueda ser reconocido de modo diferente dependiendo de algo tan irrelevante como el momento de presentación de una solicitud./ Precisamente por ello, la revisión de oficio no debe operar solo sobre las resoluciones individuales de reconocimiento de grado, sino también sobre cualquier acto administrativo que suponga dicho reconocimiento, como puede ser la nómina o el Registro de Personal, siempre que tuviese consecuencias futuras, como si de una resolución de reconocimiento de grado se tratase”.

12. Mediante Resolución de 19 de febrero de 2014, la Consejera de Hacienda y Sector Público acuerda suspender el plazo máximo legal para resolver y

notificar el procedimiento acumulado de revisión de oficio de las resoluciones de reconocimiento de grado personal y complemento personalizado “desde el día 19 de febrero de 2014, fecha en que se ha solicitado el preceptivo y vinculante dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, hasta el día de recepción del mismo”.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 17 de febrero de 2014, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio de dos resoluciones de reconocimiento de grado personal y complemento personalizado derivadas de las adjudicaciones con carácter definitivo, en concurso de méritos, de otros tantos puestos de trabajo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo del Principado de Asturias emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra I), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra I), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), el Principado de Asturias se halla debidamente legitimado, toda vez que a él

pertenece el órgano que ha dictado el acto cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 102.1 de la LRJPAC dispone que “Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (...), declararán 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 artículo 62.1”.

No obstante, el artículo 106 de la referida LRJPAC establece que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada “cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”. Estos límites constituyen, como viene señalando la jurisprudencia, la contrapartida al régimen privilegiado de la acción de nulidad, y permiten el mantenimiento excepcional de los actos nulos de pleno derecho en atención a superiores y muy cualificadas razones de seguridad jurídica y equidad, especialmente en aquellos casos en los que ha transcurrido un lapso de tiempo importante desde que se dictó el acto, con la finalidad de conjurar el peligro que subyace en el brocardo *summum ius summa iniuria*. Entendemos que tales límites no concurren en el supuesto que analizamos.

Por otro lado, incoados de oficio los procedimientos -que más adelante serían objeto de acumulación- mediante Resoluciones de 3 de diciembre de 2013, y atendido que la caducidad del procedimiento se produce, salvo que concurra suspensión o ampliación del plazo acordada en forma legal, a los tres meses de su incoación, según determina el artículo 102.5 de la LRJPAC, hemos de plantearnos, en primer lugar, si la suspensión dispuesta por el tiempo que media entre la petición de informe al Servicio Jurídico del Principado de Asturias y su recepción, fundada en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC, puede considerarse ajustada a derecho.

Establece el precepto citado que el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender cuando “deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”. Es presupuesto necesario de la suspensión fundada en la solicitud de informes, por tanto, que los solicitados sean preceptivos y, además, determinantes.

No existe duda de que, en el procedimiento que nos ocupa, el informe del Servicio Jurídico tiene carácter preceptivo, por imponer su solicitud el artículo 6.1.f) del Decreto 20/1997, de 20 de marzo, por el que se regula la Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias. Ahora bien, debe dilucidarse si el mismo merece la consideración de determinante.

Con carácter general, la doctrina y la jurisprudencia vienen reconociendo la condición de informes determinantes del contenido de la resolución a los que permiten fijar su sentido. Esta especial incidencia en la resolución conlleva que no todos los informes evacuados durante la instrucción del procedimiento, aunque ayuden a formar el juicio de la Administración llamada a resolver, puedan ser calificados como determinantes, y en este sentido únicamente lo serán, como ha señalado el Tribunal Supremo, aquellos “necesarios para que el órgano que ha de resolver se forme criterio acerca de las cuestiones a dilucidar” o que adquieran “singular relevancia en cuanto a la configuración del contenido de la decisión”, por lo que “es exigible que el órgano competente para resolver esmere la motivación en caso de que su decisión se aparte de lo indicado en aquellos informes”, de modo que, “por mucho que estos informes no puedan caracterizarse como vinculantes desde un plano formal, sí que se aproximan a ese carácter desde el plano material o sustantivo” (Sentencias de 8 de marzo de 2010 y 15 de marzo de 2013 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección

5.ª-), constituyendo el paradigma de esta clase de informes los de tipo técnico, en los que los elementos de juicio y valoraciones en ellos contenidos no pueden ser aportados por el instructor del procedimiento ni suplidos por el órgano decisor.

Como ya hemos señalado en anteriores ocasiones, la calificación de los informes que tienen la consideración de determinantes no puede establecerse de manera apriorística, siendo preferible abordar cuál haya de ser su consideración caso por caso, como han señalado el Consejo de Estado (Dictamen Núm. 2072/1999) y el Tribunal Supremo (Sentencia de 1 de abril de 2003 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª-).

Este Consejo Consultivo se ha mostrado contrario a la apreciación del carácter determinante del informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias a efectos de la suspensión de un procedimiento de revisión de oficio en el Dictamen Núm. 74/2012, como ha hecho también el Consejo de Estado en asuntos similares (Dictámenes Núm. 1326/2004 y 1466/2005).

En el caso que ahora nos ocupa es innecesario el análisis de si la solicitud de informe al Servicio Jurídico del Principado de Asturias resultaría en este procedimiento, con carácter excepcional, determinante de la decisión y, por tanto, habilitante de la suspensión acordada en su razón, ya que cuenta la Administración, conduciéndose con la debida diligencia, con tiempo suficiente para culminar la tramitación en plazo.

Se ha utilizado también la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución hasta la emisión de dictamen por este Consejo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC, por lo que, aun sin conocer la fecha de notificación a los interesados de la referida suspensión, hemos de entender que no ha transcurrido el plazo máximo legalmente establecido, debiendo reanudarse su cómputo el día de la recepción de este dictamen.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que este se configura como instrumento de

garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de analizar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En tal sentido, debemos comenzar por examinar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio, teniendo en cuenta que la LRJPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a efectuar una referencia al "órgano competente". El artículo 25.1 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, dispone que la "revisión de oficio de las disposiciones y actos nulos se realizará por el órgano autor de la disposición o del acto", faltando en el ordenamiento autonómico una previsión que residencie esa competencia en un orden jerárquico, al modo de la disposición adicional decimosexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. En el presente supuesto, dictadas las Resoluciones controvertidas en virtud de delegación conferida por la entonces Consejera de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno mediante Resolución de 4 de septiembre de 2007, publicada en el Boletín Oficial del Principado de Asturias del día 13 del mismo mes y año, debe entenderse que la titular de la actual Consejería de Hacienda y Sector Público resulta competente para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio, y ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13.4 de la LRJPAC, en relación con las sucesivas disposiciones de reestructuración de los departamentos de la Administración autonómica dictadas desde entonces, que culminan con el Decreto 4/2012, de 26 de mayo, del Presidente del Principado de Asturias, de Reestructuración de las Consejerías que integran la Administración de la Comunidad Autónoma.

En cuanto a la instrucción del procedimiento, estimamos que se han observado sus requisitos esenciales, puesto que se ha adoptado un acuerdo de iniciación, se ha dado audiencia y vista del expediente a los interesados, se ha recabado el preceptivo informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias y se ha elaborado una propuesta de resolución que responde a la obligación legal

de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 54.1.b) de la LRJPAC.

QUINTA.- Entrando ya en el fondo del asunto, hemos de comenzar por recordar que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, constituye un procedimiento excepcional. Este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, bien por propia iniciativa o a instancia del interesado, sin intervención judicial, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad. En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la interpretación de los supuestos objeto de revisión de oficio, establecidos en el artículo 62.1 de la LRJPAC, debe ser restrictiva; de lo contrario, perdería efectividad la garantía que entraña la diferenciación entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables y su sometimiento a regímenes jurídicos de anulación distintos.

La naturaleza excepcional del instituto de la revisión de oficio determina, en primer lugar, como ya hemos señalado en nuestro Dictamen Núm. 24/2009, que no pueda ser utilizada como una vía de elección alternativa a la de los recursos ordinarios alegando vicios que hubieran podido ser enjuiciados en aquellos. Por esta razón, el artículo 102.1 de la LRJPAC circunscribe el ejercicio de esta potestad a “los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo”; circunstancia que concurre en el caso que analizamos, pues resulta evidente que los actos de cuya revisión se trata no han sido objeto de recurso.

En cuanto a las causas de nulidad invocadas, son las señaladas en los apartados a) y f) del artículo 62.1 de la LRJPAC, al considerarse que el reconocimiento del grado personal y complemento personalizado a los afectados, en virtud de unas adjudicaciones inválidas, “afecta potencialmente al derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, previsto en el artículo 23.2 de la Constitución”, y supone la adquisición de un derecho, “con consecuencias favorables tanto en el plano retributivo como en el plano de la carrera administrativa”, careciendo de un

requisito esencial para su adquisición, como es “la obtención de un puesto con carácter definitivo”.

Analizaremos seguidamente cada una de las causas de resolución aducidas.

En cuanto a la primera de ellas, establece el artículo 62.1, apartado a), de la LRJPAC que son nulos de pleno derecho los actos “que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”. Siendo aquellos los reconocidos en los artículos 14 a 30 de la Constitución, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 53.2 de nuestra norma fundamental, es claro que de evidenciarse la lesión del derecho enunciado en el artículo 23.2 de la Constitución deberá declararse la nulidad de los actos controvertidos.

Debemos entender, partiendo del principio de interpretación restrictiva que preside las causas de nulidad radical, que la subsunción en este precepto de la pretendida violación exige una quiebra inequívoca del derecho fundamental vulnerado. En el supuesto que nos ocupa, el derecho invocado es el de acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, consagrado en el artículo 23.2 de nuestra Carta Magna, habiendo entendido el Tribunal Constitucional que la relación entre el contenido de dicho precepto y el del artículo 103.3 de la Constitución conduce a concluir que vulnerarían el principio de igualdad aquellos requisitos y condiciones para el acceso o promoción profesional que, por no estar referenciados a los conceptos de mérito y capacidad, establezcan una diferencia injustificada entre distintos candidatos.

De acuerdo con la doctrina anterior, el cómputo del tiempo de servicio prestado en comisión para la consolidación del grado correspondiente a un puesto de nivel superior al del puesto en propiedad sin haber obtenido la plaza ocupada en comisión de servicios u otro puesto del mismo nivel vulnera el artículo 23.2 de la Constitución, en la medida en que se establece una diferencia injustificada entre funcionarios que se encuentran en idéntica situación. En efecto, la nulidad de la adjudicación de los puestos que constituye el presupuesto habilitante de las consolidaciones de grado efectuadas determina que estas hayan perdido su anclaje en el principio constitucional de

mérito, por lo que las ventajas retributivas y de carrera que confieren se convierten en un privilegio que no solo ha sido irregularmente adquirido sino que, además, resulta discriminatorio, por lo que el ordenamiento no puede ampararlo. Tal situación de desigualdad, lesiva del derecho fundamental enunciado en el artículo 23.2 de la Constitución, se manifiesta tanto respecto de los participantes en el concurso anulado que no han obtenido el reconocimiento del grado consolidado -bien por no haberlo solicitado o bien porque la Administración se lo ha denegado mediante silencio- como frente al resto del colectivo funcional que ha adquirido su grado personal por el cauce legalmente establecido.

Por ello, entendemos que concurre la causa de nulidad a que se refiere el artículo 62.1.a) de la LRJPAC y que la lesión del derecho a la promoción profesional en condiciones de igualdad es real y actual, esto es, no meramente potencial, según se desprende del informe y de la propuesta de resolución elaborados por la Dirección General de la Función Pública, con independencia de que la desigualdad a que dan lugar las resoluciones de cuya revisión se trata pudiera evidenciarse con toda su crudeza, si no se declarasen nulas, en la resolución del nuevo concurso.

La segunda causa de nulidad que se invoca es la contenida en el artículo 62.1.f) de la LRJPAC, precepto que exige para que el vicio de nulidad pueda apreciarse que en virtud del acto en cuestión se adquieran derechos o facultades de forma contraria al ordenamiento jurídico cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

Los actos de cuya revisión se trata atribuyen, sin lugar a dudas, un derecho a los interesados que, según se señala en la propuesta de resolución, se concreta en “un incremento de su patrimonio jurídico con consecuencias favorables tanto en el plano retributivo como en el plano de la carrera administrativa”.

Sucede en los supuestos que analizamos que los funcionarios a los que se refieren los actos de reconocimiento del grado personal consolidado lo adquieren precisamente por causa de la adjudicación del puesto con carácter

definitivo mediante la resolución por la que se resuelve el concurso de méritos, pues es este hecho el que autoriza el cómputo a efectos de la consolidación de aquel grado del periodo de desempeño en comisión de servicios del mismo puesto o de otros del mismo nivel. Dado que han completado en su totalidad el periodo necesario para la consolidación de grado antes de la adjudicación del concurso, los efectos de aquella se producen desde el mismo día de la toma de posesión del puesto obtenido en aquel procedimiento de provisión.

Ahora bien, la declaración de nulidad de una de las bases de la convocatoria del concurso de méritos, que -según se expresa en el Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.º 5 de Oviedo de 26 de noviembre de 2010- se transmite a las adjudicaciones efectuadas, determina que falte el requisito de obtención definitiva de un puesto del mismo nivel al desempeñado en comisión de servicios, y, por ello, que las resoluciones de reconocimiento del grado personal consolidado sean contrarias a Derecho. En efecto, las consolidaciones de grado adquiridas en las condiciones que más arriba se refieren conculcan lo establecido en el artículo 7 del Decreto 22/1993, de 29 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo, Promoción Profesional y Promoción Interna de los Funcionarios de la Administración del Principado de Asturias, en la redacción vigente al tiempo de dictarse aquellos actos, cuyo apartado 4 señalaba que "El tiempo prestado en comisión de servicios, previsto en el presente artículo, será tenido en cuenta a efectos de consolidación del grado personal correspondiente al nivel del puesto desde el que se produce la comisión, salvo que se obtuviere mediante la oportuna convocatoria destino definitivo en el puesto de trabajo desempeñado en comisión de servicios o en otro del mismo nivel, en cuyo caso, será tenido en cuenta para la consolidación del grado correspondiente a este último, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22, apartado 3, de este Reglamento".

Tal ilegitimidad se extiende al reconocimiento del complemento personalizado, pues, según lo dispuesto en el artículo 22.7 del Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo, Promoción Profesional y Promoción Interna de los Funcionarios de la Administración del Principado de Asturias anteriormente

citado, este derecho se encuentra vinculado a la consolidación del grado personal.

Asumido que los actos a los que se refiere el procedimiento que analizamos confieren a sus destinatarios derechos en forma contraria al ordenamiento jurídico, debe dilucidarse si el requisito que determina en este caso la adquisición del derecho en legal forma puede considerarse o no "esencial".

En el régimen de la LRJPAC no resulta suficiente para la declaración de la nulidad de los actos fundada en la causa del artículo 62.1.f) que se produzca una vulneración objetiva del ordenamiento, sino que es preciso que tal vulneración, con independencia de la gravedad que revista, consista en la carencia de un "requisito esencial", en el bien entendido de que la esencialidad solo puede predicarse de los requisitos más básicos, y que lo que ha de considerarse como requisito esencial no puede establecerse de forma apriorística, dado el amplio casuismo que se da en este ámbito y que hace prácticamente imposible extraer unos criterios o pautas que pudieran resultar de aplicación general. Ha de tenerse en cuenta, además, que una interpretación amplia de aquella esencialidad podría comportar la desnaturalización de la institución, por cuanto la carencia de un requisito cualquiera, aunque fuese necesario, vaciaría de contenido los supuestos de simple anulabilidad, y que esta situación representaría un grave peligro para la seguridad jurídica, dada la falta de plazo para proceder a la revisión de los actos por este cauce.

En cualquier caso, y pese a la referida dificultad para fijar unos criterios generales delimitadores de la esencialidad, constituye doctrina consolidada del Consejo de Estado que "los requisitos esenciales en cuya omisión se fundamenta la propuesta revisión de oficio y declaración de nulidad de pleno derecho no son cualesquiera que vengan exigidos para acceder a determinados derechos y facultades, sino que, de conformidad con su calificativo de esenciales, ha de tratarse de los auténticos presupuestos que explican y justifican la adquisición del derecho o facultad de que se trate" (Dictamen Núm. 845/2013), por lo que, como se señala en el Dictamen Núm. 933/2013, "solo

cabrá apreciar la concurrencia del supuesto del artículo 62.1.f) en aquellos casos en los que la patente ausencia de un presupuesto esencial (el título de médico, por ejemplo, como `presupuesto o requisito esencial´ para ser nombrado médico forense) evidencia una situación que solo en el plano dogmático de los actos administrativos nulos de pleno derecho tenía encaje consecuente (Dictámenes 3204/95 ó 166/2010, entre otros)”. Igualmente, ha señalado el Consejo de Estado -entre otros, en el Dictamen Núm. 461/2009- que la calificación de los requisitos deberá “ceñirse al objeto, causa y fin del acto administrativo de que se trate”.

La noción de requisitos esenciales como presupuestos directa e indisolublemente ligados a la “naturaleza” misma del derecho o facultad adquirido por virtud del acto administrativo también ha sido asumida por la doctrina jurisprudencial, como evidencia la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2008 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª-.

En definitiva, puesto que lo decisivo en la interpretación del artículo 62.1.f) es la trascendencia del presupuesto o requisito exigido por la norma aplicable, resulta imprescindible realizar sobre el mismo un juicio de relevancia que tenga en cuenta su finalidad y su relación con la razón de ser del propio acto.

No desconoce este Consejo Consultivo que el Consejo de Estado se ha pronunciado de forma contraria a la apreciación de la nulidad del acto en un asunto parcialmente similar (Dictamen Núm. 6179/1997), al igual que ha hecho el Consejo Consultivo de Murcia en el Dictamen Núm. 63/2000, asumiendo como fundamento de su decisión el criterio mantenido por el Consejo de Estado en el dictamen que acabamos de señalar. Ahora bien, en el supuesto concreto que analizamos entendemos que el requisito de cuya carencia se trata -esto es, la obtención definitiva de destino en el mismo puesto desempeñado en comisión de servicios u otro de igual nivel- tiene naturaleza esencial. En efecto, en el caso excepcional de la consolidación de grado correspondiente al nivel del puesto desempeñado en comisión de servicios la obtención del puesto con carácter definitivo es un presupuesto imprescindible o *conditio sine qua non* de

la consolidación, intrínsecamente ligado al objeto y finalidad del acto. Resulta incontrovertible que los afectados cuentan en su haber con unos años de trabajo desempeñados en puestos de determinado nivel y que el tiempo de servicios constituye un hecho potencialmente productor de efectos jurídicos en su carrera profesional. Sin embargo, aquel sustrato fáctico requiere para que tales efectos se activen, incorporándose al patrimonio funcional las ventajas inherentes a la consolidación de grado, que concurra, con carácter necesario y esencial, lo que a nuestro juicio se instaura como un presupuesto del acto: la obtención definitiva del puesto desempeñado en comisión de servicios o de otro del mismo o superior nivel. Tal presupuesto, que falta en el caso sometido a nuestra consideración como consecuencia de la transmisión de la nulidad de una de las bases de la convocatoria del concurso de méritos al acto de adjudicación, se erige en un requisito esencial cuya omisión origina la nulidad de los actos de reconocimiento de grado. La ausencia de tal presupuesto o requisito esencial hace que los efectos jurídicos del tiempo de desempeño sean totalmente distintos y consistan, según resulta del artículo 7.4 del Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo anteriormente citado, en "la consolidación del grado personal correspondiente al nivel del puesto desde el que se produce la comisión", que normalmente, como señala el Director General de la Función Pública, es un puesto base. Ahora bien, todo ello con independencia de que el tiempo de desempeño del puesto o puestos correspondientes en comisión de servicios pueda activarse en el futuro a efectos de la consolidación de grado cuando concurra el requisito esencial de la obtención definitiva de un puesto del mismo o superior nivel.

En definitiva, puesto que concurren en los actos analizados los vicios de nulidad de pleno derecho a los que se refiere el artículo 62.1.a) y f) de la LRJPAC, debe la Administración del Principado de Asturias proceder a revisarlos de oficio.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede revisar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho de las resoluciones de reconocimiento de grado personal y complemento personalizado derivadas de las adjudicaciones con carácter definitivo, en concurso de méritos, de dos puestos de trabajo, a las que se refiere la consulta formulada.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,