



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 6 8 / 1 9 9 6

La Laguna, a 17 de septiembre de 1996.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno sobre la *revisión de oficio de la Orden de la Consejería de Trabajo y Función Pública de 15 de marzo de 1993, por la que se convocaba concurso de méritos para acceder a puestos de función inspectora, entre funcionarios de cuerpos docentes (EXP. 81/1996 RO)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

El objeto del presente Dictamen lo constituye el Proyecto de Orden de la Consejería de Presidencia y Relaciones Institucionales del Gobierno de Canarias por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio de la Orden de la Consejería de Trabajo y Función Pública de 15 de marzo de 1993, de convocatoria de concurso de méritos para acceder a puestos de función inspectora entre funcionarios de Cuerpos docentes.

### II

La legitimación del Presidente del Gobierno para solicitar el Dictamen y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1 y 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias (LCC), en relación el segundo con los arts. 102 y 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

### III

En virtud de los arts. 10.6 LCC y 102.1 LPAC, el dictamen que se solicita es preceptivo y habilitante de la declaración de nulidad, de modo que sólo si es favorable a la misma procederá realizar la revisión. En efecto, únicamente en la revisión de oficio por motivos de nulidad de pleno derecho (arts. 62 y 102 LPAC) de

---

\* **PONENTE:** Sr. Fernández del Torco Alonso.

actos administrativos se ordena dictamen preceptivo y favorable de Organismos de control jurídico dotados de independencia orgánica y funcional respecto de la Administración, que viene impuesta por imperativo de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y para la garantía tanto de la propia Administración como de los ciudadanos de que la actuación administrativa es conforme a Derecho. Este carácter habilitante del parecer del Consejo para proceder a la revisión de un acto administrativo por incurrir en causa de nulidad de pleno derecho hace necesario que se analice especialmente la concurrencia de los requisitos necesarios para tal fin, esto es: a) que sea un auténtico acto administrativo, sobremanera en el caso que nos ocupa, cuando se pretende justificar la nulidad por una de las causas del art. 62.1 LPAC, mientras que en el apdo. 2 del mismo hace referencia a las disposiciones administrativas; b) que sea un acto declarativo de derechos; c) que se haya agotado la vía administrativa; d) que concurra una de las causas de nulidad previstas en el art. 62 LPAC y que esa causa sea la esgrimida en el PO para la nulidad del acto y e), para que el dictamen sea habilitante, que el PO resuelva anular el acto cuestionado, como es el caso que nos ocupa.

En todo caso, conviene recordar que el carácter habilitante del Dictamen sólo existe cuando la Administración pretenda efectivamente declarar nulo el acto revisado, de modo que el parecer de este Consejo deberá limitarse a señalar, motivadamente, si el PO se ajusta o no a Derecho y, en su caso, la improcedencia de la anulación del acto por faltar uno de los anteriores requisitos, sin perjuicio de que concurran otras causas no valoradas en el referido PO. Lógicamente, de serlo en el futuro, el nuevo PO debe ser remitido a los mismos efectos. Cosa distinta es que también sea preceptivo el Dictamen de este Organismo, aunque sin carácter habilitante, cuando la Administración pretenda resolver tanto la anulación por causa de anulabilidad (art. 63 LPAC), como la no procedencia de la nulidad de pleno derecho (art. 62.2 LPAC).

## IV

Para acometer el análisis antes propuesto es necesario, aun someramente, exponer los antecedentes obrantes en el expediente para conocer con precisión los actos cuestionados y demás circunstancias acaecidas en el supuesto que nos ocupa.

1º. La Consejería de Trabajo y Función Pública procedió a convocar concurso para acceder a puestos de función inspectora entre funcionarios de Cuerpos docentes mediante Orden de 15 de marzo de 1993 (BOC de 31 de marzo). Posteriormente, se procedió a declararla nula y sin efectos por Orden de 24 de mayo de 1993 (BOC de 28

de mayo), argumentando vicios invalidantes: de un lado, no prever la participación previa de funcionarios docentes que ya hubieran accedido a la función inspectora (en virtud de lo establecido en el RD 1.524/1989, de aplicación supletoria -sic- y el Decreto territorial 130/1988); de otro, otorgar preferencia absoluta a los funcionarios del Cuerpo de Inspectores sobre los funcionarios docentes, contradiciendo lo dispuesto en la DA 15ª de la Ley 30/1984, modificada por la 37/1988.

2º. Revocada la Orden de 15 de marzo, la Consejería de trabajo y Función Pública procedió a realizar una nueva convocatoria por Orden de 29 de junio de 1993.

3º. Contra esas dos Órdenes, de 24 de mayo y de 29 de junio 1993, se interpuso recurso contencioso nº 800/93, ante el TSJC, recayendo sentencia estimatoria (nº 684 de 8 de septiembre de 1995) que anula los actos impugnados por no ser conformes a Derecho al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la modificación de la convocatoria.

4º. En cumplimiento de la sentencia referenciada, la Consejería de Presidencia, mediante orden de 29 de diciembre de 1995, da ejecución a las declaraciones contenidas en el fallo. Por su parte, habiéndose declarado nula la Orden de nueva convocatoria, la Consejería de Educación, Cultura y deportes procede a anular los nombramientos resultantes de la misma, mediante Orden de 22 de febrero de 1996.

5º. Por Orden de 7 de febrero de 1996, de la Consejería de Presidencia, se resuelve iniciar de oficio expediente de revisión de la Orden de 15 de marzo de 1993 (que recobró su vigencia al anularse la orden de revocación), previo Informe favorable de la Dirección General del Servicio jurídico de 31 de enero de 1996, por entender que la referida Orden de 15 de marzo mantenía los mismos vicios que en su día motivaron la revocación. A su vez, se dispone la suspensión cautelar de dicha Orden, el emplazamiento de quienes resultaran interesados y la publicación de la Orden de inicio de la revisión para general conocimiento.

En definitiva, habiendo sido anulada judicialmente la Orden de 29 de junio de 1993, de revocación de la de 15 de marzo, se acude, tras resolución judicial, al instituto de la revisión de oficio por causa de nulidad de la reiterada Orden.

## V

Como se dijo, es necesario indagar en la efectiva realización de los requisitos exigidos para proceder a la revisión de oficio en ejercicio de las facultades de autotutela de que disponen las Administraciones Públicas.

En primer lugar, se ha venido discutiendo sobre la naturaleza de las convocatorias o pruebas selectivas para el acceso a las funciones públicas, en el sentido de si son auténticos actos administrativos o normas reglamentarias. A este respecto, la jurisprudencia del TS se decanta por considerarlos actos administrativos pues, establece la STS de 6 de marzo de 1995 receptora de reiterada doctrina, "unas convocatorias o pruebas selectivas tienen el carácter de actos administrativos de efectos generales que, en este caso, aparecen dictadas en aplicación, no en desarrollo, del RD". En consecuencia, las convocatorias de concursos de méritos para el acceso a la función inspectora entre funcionarios pertenecientes a los Cuerpos docentes es un verdadero acto administrativo que podrá revisarse, en su caso, por nulidad de pleno derecho si concurre alguna de las causas previstas en el art. 62.1 LPAC.

En segundo término, se ha de determinar si es un acto idóneo para su eventual declaración de nulidad, ya que únicamente son revisables los actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo. Es obvio, aun en el caso de que se interprete que no pone fin a la vía administrativa, que no se interpuso recurso en plazo. No teniéndose constancia en el expediente de lo contrario, se presume que nos encontramos con un acto administrativo firme, con lo que se cumple este requisito.

Seguidamente, y en una interpretación a contrario de lo previsto en el art. 105 LPAC, para proceder a la pretendida nulidad ha de ser un acto declarativo de derechos, pues podrán revocarse en cualquier momento los no declarativos y los de gravamen. Precisamente, el fallo del TSJC anula la Orden de 29 de junio por considerar que los actos por ella afectados eran declarativos de derechos y que, en consecuencia, habría de acudir a la revisión y no a la revocación. Sobre estos extremos sí surte sus efectos la cosa juzgada material ya que precisamente esa era la "ratio decidendi" de la Sentencia recaída, por lo que, estando ya decidida esta cuestión en sede jurisdiccional, huelga cualquier consideración al respecto: por decisión judicial, la Orden de 15 de marzo de 1993 es un acto administrativo declarativo de derechos.

Siendo como es el PO que se analiza resolutorio de la nulidad radical o de pleno derecho de la Orden de 15 de marzo, nos queda por analizar, al amparo del art. 102 LPAC y con los efectos allí previstos, qué carácter ha de tener el Dictamen que emane de esta Institución. Se argumenta en el PO que concluye el procedimiento de revisión que nos ocupa que la nulidad radica en haberse realizado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello (art. 62.1 e LPAC). Así, esgrime que no se ha respetado lo preceptuado en la legislación aplicable (en concreto, se omitió el preceptivo concurso de traslado previo a la convocatoria que se cuestiona, previsto, aunque con carácter supletorio, en el RD 1.524/1989) para el acceso a la función inspectora en materia educativa. Esa omisión del concurso de traslado previo, en opinión de la Administración, significa que la Orden de 15 de marzo de 1993 se dictó prescindiendo total y absoluta del procedimiento establecido para ello.

En absoluto podemos coincidir con dicho fundamento. Esta causa de nulidad se refiere indubitadamente a los aspectos formales del procedimiento administrativo para la producción de los actos de las distintas Administraciones Públicas. Hace referencia a si se han seguido los trámites exigidos para que se dicte ese acto, independientemente de que su contenido se ajuste a Derecho o de si eran necesarios, en relación con la materia concreta, otros actos anteriores. Ciertamente es que, en la función inspectora, existe un mecanismo o sistema para el acceso a tal función (DT 130/1988 y Ley 30/1984), pero no es posible identificar aquél, que no se articula en un concreto acto administrativo sino que exige toda una serie de actuaciones administrativas en orden a garantizar la transparencia y objetividad en el reclutamiento de funcionarios que han de ejercer funciones públicas, con el procedimiento propio de cada acto, con las formalidades exigidas en su producción. En este sentido, téngase en cuenta que lo establecido por el apdo. e) del art. 62.1 LPAC es que se haya "dictado" prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para "ese acto" o se haya utilizado otro procedimiento sin las garantías exigidas en el que se debió incoar. En el caso de referencia, se achaca que se debió proceder a un concurso de traslado previo, esto es, se debió dictar un acto previo, pero no se discute que el acto cuestionado (la convocatoria de concurso de méritos para el acceso a la función inspectora en materia educativa) se dictó prescindiendo del procedimiento administrativo para ello. La eventual vulneración de la normativa relativa a la función inspectora en materia educativa, supuesto que no se prejuzga, no es identificable con esta causa de nulidad de pleno Derecho. Así, que

se hubiese dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para dictar la referida Orden exigiría que no hubieran seguido en absoluto los trámites formales necesarios para que se produzca el fin de la actividad administrativa. Que éste es el sentido de la causa de nulidad que comentamos se refuerza por el de la otra de las causas que establece el apdo. e) del art. 62.1 LPAC, esto es, que se haya igualmente prescindiendo total y absolutamente de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, redundando esta otra causa de nulidad en los aspectos formales (convocatoria, quórum, mayorías cualificadas, etc. ...) de la plasmación de la voluntad de la Administración. Así, en un caso, se prevé ausencia del procedimiento que se ha de seguir para su emanación; en el otro, quebranto grave de las reglas relativas a la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

No se nos escapa la existencia de múltiples procedimientos administrativos y de la concurrencia de distintos requisitos en los mismos, dando lugar a procedimientos, una veces, sumamente simples y, otras, extraordinariamente complejos en los que se exige la participación del interesado o de otros órganos o instituciones que suponen una garantía del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho (art. 103 CE). Así, se establece un procedimiento administrativo común y unos procedimientos especiales (recursos administrativos, revisión de oficio, reclamaciones patrimoniales, régimen disciplinario, etc. ...), todos los cuales inciden de forma determinante en el acto resolutorio.

Pero en el expediente no consta ninguna circunstancia que nos permita pronunciarnos sobre tal extremo: ni se pronuncia la propia Administración, ni se nos remite la documentación existente sobre los trámites seguidos para la emanación de esa Orden, tales como informes de los distintos Departamentos afectados, Educación, Presupuestos, Función Pública, Servicio Jurídico, etc. ...

En todo caso, la falta de un concurso de traslado previo a la convocatoria de acceso no puede ser utilizada como trámite necesario cuya ausencia funcione como nulidad, puesto que no forma parte del procedimiento establecido para dictar el acto administrativo que convoca el concurso de acceso a la función inspectora. Las normas que ordenan la función inspectora forman parte, en su caso, de la regulación material de ese sector de la actividad administrativa.

En suma, no concurre la causa la ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para dictar la Orden de 15 de marzo de 1993 que permita su declaración de nulidad de pleno derecho.

## VI

Por último, obra en el expediente Informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación en la que se da cuenta de que, en el trámite de audiencia, no se han alegado cuestiones distintas, lo que sirve para que el PO no las tenga en cuenta. Tal actuación va en contra de lo previsto en los arts. 79 y 89 LPAC. En efecto, el más mínimo análisis de las alegaciones de los interesados que acudieron al trámite de audiencia evidencia que sí plantean cuestiones distintas; la más evidente es la de la no aplicación supletoria del RD 1524/1989. Sobre el particular, el PO únicamente se limita a establecer esa aplicación supletoria, pero no se plantea ni argumenta jurídicamente la posibilidad de su no aplicación, con lo que vulnera el mandato legal de decidir sobre las cuestiones planteadas por los interesados (art. 89.1 LPAC): si la Orden de inicio ya establece el criterio de la aplicación supletoria del RD 1524/1989 y si algunos de los interesados plantea la cuestión de su no aplicación, la propuesta de resolución debe, aunque sea mínimamente, recoger esas discrepancias y rebatir, en su caso, los argumentos de los interesados. Es precisamente la aplicación supletoria de la normativa estatal que regula el acceso a la función inspectora la que pudiera determinar la existencia de vicios de anulabilidad del acto de referencia, por lo que la Administración autonómica, a la luz de la doctrina jurisprudencial y doctrinal, debe razonar y en su caso desvirtuar la alegaciones de determinados interesados sobre la no aplicación supletoria de esa normativa estatal.

Esas irregularidades debieran ser subsanadas en el caso de que la Administración entendiera que, una vez asumida la inexistencia de la causa de nulidad de pleno derecho que funda su pretensión de nulidad, debe reformular la PO por alguna otra causa de nulidad o, eventualmente, por causa de anulabilidad.

### CONCLUSIONES

1. El PO de revisión no se ajusta a Derecho porque no concurre la causa de nulidad esgrimida para declarar la de la Orden de 15 de noviembre de 1993, conforme se razona en el Fundamento V, dictaminándose desfavorablemente tal pretendida declaración.

2. No obstante lo anterior, la Administración actuante debe pronunciarse sobre todos los extremos alegados por los interesados; en particular, sobre la aplicación

supletoria de la normativa estatal reguladora de la materia que nos ocupa, conforme el Fundamento VI.