



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 7 / 1 9 9 6

La Laguna, a 20 de noviembre 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 convoca concurso de méritos para acceder a puestos de función inspectora, entre funcionarios de cuerpos docentes (EXP. 135/1996 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

Por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno se solicita Dictamen preceptivo (art. 10.7 de la Ley 4/84, de 6 de julio, del Consejo Consultivo en relación con el art. 103 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC) en relación con la Propuesta de Orden de la Consejería de la Presidencia y Relaciones Institucionales por la que se resuelve el expediente 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; expediente que fue iniciado por Orden de 7 de febrero de 1996.

II

La mencionada Orden de 15 de marzo de 1993 fue revocada (art. 105 LRJAP-PAC) por otra posterior de 24 de mayo de 1993 toda vez que en la Orden de convocatoria no se previó la participación previa de funcionarios docentes que ya hubieran

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

accedido a la función inspectora conforme a lo establecido en el RD 1.524/89, de 15 de diciembre, y se concedió preferencia absoluta a los funcionarios provenientes del Cuerpo de inspectores sobre los funcionarios de Cuerpos docentes (base 2.2), contradiciendo lo dispuesto en la disposición adicional 15 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, por cuanto la misma sólo establece la reserva de un porcentaje de plazas a los funcionarios de Cuerpos inspectores.

A consecuencia de tal revocación, se procedió a una nueva convocatoria mediante Orden de 29 de junio de 1993 para subsanar los indicados vicios.

Contra las dos citadas Ordenes (de 24 de mayo y 29 de junio) se interpuso recurso contencioso administrativo 800/1993 recayendo Sentencia, ya firme, 684/1995, de 8 de septiembre, estimatoria del recurso interpuesto, que limitó su pronunciamiento a la objeción formal de nulidad de la revocación al haberse revisado las bases de la convocatoria inicial sin seguirse el procedimiento legalmente establecido; porque el procedimiento a seguir era el previsto en el art. 103 de la LRJAP-PAC (revisión de actos anulables) y no el de revocación. Ningún pronunciamiento hizo la Sentencia en relación con la causa de aquella viciada revocación, aunque en su fallo se declaró el "derecho de los actores a ser valorados en el concurso promovido por la Orden de 15 de marzo de 1993".

Consecuencia de la ejecución del Fallo fue el inicio de procedimiento revisor de la mencionada Orden por los mismos motivos que en su día motivaron la revocación posteriormente anulada, antes sucintamente reseñados, siéndolo al amparo de lo dispuesto en el art. 103.1 LRJAP-PAC, calificación que fue posteriormente cambiada por la de nulidad de pleno derecho (art. 102), al estimar que los vicios reseñados no constituían simplemente una vulneración de preceptos legal o reglamentarios sino porque se había prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido -art. 62.1.e) LRJAP-PAC-.

La mencionada Propuesta de Orden fue sometida al preceptivo y favorable Dictamen de este Consejo Consultivo (art. 102.1 LRJAP-PAC) emitiéndose el correspondiente Dictamen 68/1996, de 17 de septiembre, que contenía las siguientes consideraciones:

"(...) 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 ap. 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 ap. e) del art. 62.1 LPAC, esto es, que se haya igualmente prescindido 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. (Fundamento V).

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." (Fundamento VI).

Las conclusiones del Dictamen 68/1996, de 17 de septiembre fueron las siguientes:

PRIMERA: Que la revisión no se ajustaba a Derecho porque no concurre la causa de nulidad esgrimida para declarar la de la Orden de 15 de noviembre de 1993, dictaminándose desfavorablemente tal pretendida declaración.

SEGUNDA: Que la Administración debe pronunciarse sobre todos los extremos alegados por los interesados; en particular sobre la aplicación supletoria de la normativa estatal reguladora de la materia.

Dada la naturaleza obstativa del Dictamen emitido, por la Administración se procedió nuevamente a redactar nueva Propuesta de Orden mediante la que se pretende anular la de 15 de marzo de 1993 "de acuerdo con lo previsto en los arts. 63 y 103.1 de la Ley 30/1992", que es la que ahora se somete al preceptivo y no obstativo Dictamen de este Consejo Consultivo.

III

Fundamenta en efecto la Propuesta de Orden la anulabilidad de la Orden de 15 de marzo de 1993 (arts. 63 y 103 LRJAP-PAC) en la infracción que por aquélla se comete de la Disposición Adicional 15ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, "desarrollada reglamentariamente, en cuanto al territorio de gestión del M.E.C. por el Real Decreto 1.524/1989, de 15 de diciembre, por el que se regulan las funciones y la organización del Servicio de Inspección Técnica de Educación y se desarrolla el sistema de acceso a los puestos de trabajo de la función inspectora educativa" (CONSIDERACIÓN JURÍDICA TERCERA). Por otra parte, la Propuesta de Orden (CONSIDERACIÓN JURÍDICA CUARTA) señala que "la Ley 30/1984 silencia el régimen de provisión de puestos entre funcionarios de cuerpos docentes que ya hayan accedido a dicha función en virtud de convocatoria", siendo deficiente la regulación contenida en el Decreto 130/1988, de 1 de agosto, de Ordenación de la Inspección de Educación y en vigor desde el 15 de septiembre de 1988 (derogado por el Decreto 60/1995, de 24 de marzo, en vigor desde el 18 de mayo de 1995) que vino a sustituir al Decreto 61/1986, de 4 de abril, asimismo de Ordenación de la Inspección Educativa. Lo que obliga -prosigue la Propuesta de Orden- a acudir al Derecho del Estado con carácter supletorio al amparo de lo dispuesto en el art. 149.3 CE, porque el mencionado Decreto 130/1988 "no regula específicamente la provisión de puestos entre funcionarios docentes que ya hayan accedido a la función interventora". Por otra parte, la Propuesta de Orden parte de considerar que la Sentencia ya dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias no enerva, dado el tenor de su fallo, el alcance de la potestad revisora de la Administración a la que no alcanzan los efectos de cosa juzgada pues el fallo jurisdiccional se pronuncia sobre el incorrecto procedimiento revisor utilizado en su

día para alterar el contenido de la Orden de 15 de marzo de 1993, "pero no sobre el fondo de los vicios que motivaron la revisión; es decir, no entra en ningún momento a analizar la concurrencia de causas de anulabilidad o de nulidad en la Orden de 15 de marzo de 1993".

Para concluir estas consideraciones iniciales, el segundo párrafo de la CONSIDERACIÓN JURÍDICA SÉPTIMA (que reproduce idéntico párrafo de la CONSIDERACIÓN JURÍDICA SEXTA de la Propuesta de Orden en su día dictaminada por este Consejo de nulidad de pleno Derecho de la Orden de referencia) debiera suprimirse. En efecto, se razona cómo la Sentencia de referencia, incluye un *obiter dicta* al hacer referencia al art. 103 LRJAP-PAC como medio para anular la citada Orden -que regula la anulabilidad- pues lo que se pretendía era la revisión por causa de nulidad (art. 102 id.). Pero como después del Dictamen de este Consejo la Administración ha reelaborado la Propuesta de Orden de conformidad con lo dictaminado -de forma que ahora viene formulada por causa de anulabilidad- tal consideración es superflua. Desde la propia Sentencia el cauce revisor señalado -con expresa marginación de la revocación- era el del art. 103 LRJAP-PAC, aunque, en puridad, ciertamente esta cuestión quedó imprejuizada en el citado fallo, que no entró a dilucidar la causa motora del expediente revisor sino que se limitó a declarar que el cauce iniciado y concluido -la revocación- era improcedente.

En efecto, el fallo declaró la nulidad de las Ordenes de 24 de mayo de 1993 (que revocaba la de 15 de marzo de 1993) y de 29 de junio de 1993 (por la que, consecuentemente, se convocaba concurso de méritos para la provisión de puestos). Pero no la citada Orden de 15 de marzo de 1993. No sólo porque expresó que el mismo dejaba a salvo la "declaración del derecho de los actores a ser valorados en el concurso promovido por la Orden de 15 de marzo de 1993" -lo que ciertamente sí es un *obiter dicta*, porque ello sólo sería así si la mencionada Orden quedara incólume, en sus propios términos, sin que sea lícito que la señalada Sentencia pretendiera enervar la potestad revisora de la Administración autonómica que, en sus competencias, y siempre dentro de lo que debe entenderse uso ponderado de las potestades administrativas bajo el principio rector de los intereses generales como causa justificativa de los fines que aquella persigue (art. 103.1 CE), le corresponde a la Administración autonómica sobre sus propios actos.

Lo que sí es cierto es que tras el fallo jurisdiccional la Orden de 15 de marzo de 1993 recobra plena virtualidad de forma que o bien se pasa a su cumplimiento o -que es lo que se pretende- se revisa, si hay motivos para ello. Tales motivos quedaron ya sucintamente expresado *ut supra*.

IV

Antes de entrar a analizar su pertinencia, debemos efectuar algunas consideraciones sobre el bloque normativo que nos ha de servir de referencia a la declaración, y en qué grado, de anulabilidad que se pretende, descartada a nulidad por no haberse seguido el procedimiento legalmente establecido, lo que ya fue de pronunciamiento de este Consejo en el Dictamen citado.

Hasta el 15 de marzo de 1993 -fecha de la orden concernida- la legislación reguladora de la inspección educativa se hallaba integrada por:

A) El Estatuto de Autonomía. Es sabido, en su art. 34.A.6 atribuye a la Comunidad Autónoma competencias legislativas y de ejecución -con sujeción a la legislación del Estado en los términos en que así lo exija el art. 149.1 CE- en materia de enseñanza, en toda la extensión, niveles, grados, modalidades y especialidades, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 27 y 149.1.30 CE. En conexión con ello, mediante RD 2091/1983, de 28 de julio, se procedió a aprobar el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de educación, contemplándose específicamente (ANEXO B.b) como traspasadas las distintas Inspecciones educativas que hasta la fecha habían sido gestionadas de forma centralizada por el Estado.

B) La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMURFP) en su Disposición Adicional 15.7 y 8 procede a crear el Cuerpo de Inspectores al Servicio de la Administración educativa, en el que se integrarían los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos de inspectores que, mediante el apartado 8 de tal disposición adicional, se suprimen; dispone el derecho de estos funcionarios a desempeñar puestos de trabajo pertenecientes a la función inspectora en las Comunidades Autónomas, a cuyo efecto "la Administración educativa reservará un porcentaje determinado de puestos para su provisión por los citados funcionarios", y a "acceder a los demás puestos propios de la carrera administrativa"; asigna el

ejercicio de la función inspectora, con carácter primordial y general, a los funcionarios pertenecientes a Cuerpos docentes mediante concurso con los requisitos que se deducen del apartado 7 y tras la realización de un curso de especialización; con límite temporal -la adscripción no podrá ser menos de 3 años ni más de 6- sin que el ejercicio de tal función implique consolidación alguna de grado aunque si podrá computarse como "mérito a efectos de su carrera docente". Bien entendido que " a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, la provisión de los puestos de trabajo de función inspectora educativa sólo podrá realizarse por el procedimiento establecido en este apartado" -que es el 7-.

Finalmente (apartado 9 de la misma disposición) reconoce la competencia de ordenación de la función pública docente de las Comunidades Autónomas, "de conformidad con lo establecido en esta disposición adicional", bien entendido que la mencionada disposición adicional tiene la consideración de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, docentes en este caso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 149.1.18ª CE (art. 1.3 LMURFP).

Se establece, pues, un supuesto *ex lege* de movilidad de funcionarios entre distintas Administraciones Públicas (art. 17 LMRFP), siendo la relación de puestos de trabajo -que perfila las características esenciales de los puestos, art 16 id.- la que señale las condiciones de esa movilidad, condiciones que deberán, por lo que respecta a la inspección educativa, reproducir y/o desarrollar pero no alterar las bases contenidas en la Disposición Adicional 15.7 y 8 de la LMURFP. Debe significarse en cualquier caso que la legislación básica no impone -"tendrán derecho"- la incorporación forzosa de los funcionarios integrados en el Cuerpo de Inspectores al servicio de la Administración educativa, sino que les posibilita esa integración. Por ello, el régimen perfilado es no sólo adicional, sino también transitorio -como así ha sido en efecto, según se verá luego- pues las vacantes que se produzcan en ese Cuerpo novedoso tras la entrada en vigor de la LMURFP quedarán "amortizadas" (apdo. 8, Disposición Adicional cit.) siendo lo razonable que tales funcionarios se integren en las Administraciones Educativas autonómicas o, incluso, puedan incorporarse a cualquier otro puesto de la carrera administrativa docente.

C) Consecuencia de la efectividad del traspaso y de la publicación de la normativa básica reguladora de la inspección educativa fue el Decreto 61/1986, de 4

de abril, de Ordenación de la Inspección educativa en la Comunidad Autónoma de Canarias. Su art. 1 distingue, sobre la base de lo dispuesto en la LMURFP, el doble origen de los funcionarios que ejercen la función inspectora; funcionarios que se integrarán en los Servicios de Inspección Educativa de cada Dirección Territorial (art. 7). En cuanto al acceso a tal función, los procedentes del Cuerpo de Inspectores al Servicio de la Administración Educativa serán adscritos, en base a la antigüedad, a puestos de trabajo de función inspectora (art. 14 y Disposición Adicional Primera) -lo que, para la legislación básica era simplemente una facultad potestativa-. No obstante esa adscripción forzosa -mas bien automática- en el art. 16 se dispone que, con el fin de facilitar la movilidad de tales funcionarios, "se podrán convocar concursos públicos de méritos", de forma que los puestos no cubiertos por este procedimiento "se acumularán a los convocados para su provisión por funcionarios de los cuerpos y escalas docentes", los cuales accederán "mediante el procedimiento de concurso público, que constará de una fase de méritos eliminatoria y de un curso de especialización" (art. 18).

D) El Decreto de referencia fue derogado por Decreto 130/1988, de 1 de agosto, de Ordenación de la Inspección de Educación en la Comunidad Autónoma de Canarias, según el cual "los funcionarios del mencionado Cuerpo de Inspectores al servicio de la Inspección Educativa que tengan su destino en la Comunidad Autónoma de Canarias pasarán a desempeñar puestos de trabajo de función inspectora", procediéndose a efectuar la asignación en base al criterio de antigüedad (art. 11). No obstante esa adscripción forzosa -que vulnera la ley básica- en el art. 12 se dispone que "a fin de facilitar la movilidad de los funcionarios del Cuerpo de Inspectores al servicio de la Administración Educativa, se podrán convocar concursos públicos de méritos para la provisión de puestos de función inspectora entre funcionarios del referido Cuerpo", de forma que "los puestos de trabajo ofertados que no se cubran por este procedimiento se acumularán a los convocados para su provisión por funcionarios de los Cuerpos y Escalas docentes", los cuales accederán por concurso "que constará de una fase de méritos eliminatoria y de un curso de especialización" debiendo contar, al menos, "con cinco años de experiencia docente" (art. 13).

E) Mediante la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, se modificó la redacción de la mencionada disposición adicional 17.7 y 8 de la LMURFP; modificación que consistió en reformular -unificándolos- los mencionados apartados 7 y 8 -pasando a constituir

un único apartado 7-; se incorporó como principios que habrían de regir el concurso de acceso a la función inspectora por parte de los funcionarios docentes los de igualdad y antigüedad; la adscripción de tales funcionarios pasó de ser de tres años no consecutivos a continuos. Finalmente, se incluyó un nuevo párrafo -el cuarto- en el se hace ya expresa mención a las competencias de las Comunidades Autónomas para desarrollar la organización y funcionamiento de la inspección educativa.

F) El siguiente hito normativo lo constituyó el RD 1.524/1989, de 15 de diciembre, por el que se desarrolló el sistema de acceso a los puestos de trabajo de la función inspectora; particularmente -como indica su exposición de motivos- las bases para el acceso a la función inspectora. El mencionado Reglamento tiene un doble contenido, como se aprecia ya desde su propia intitulación (I. REGULACIÓN DEL SERVICIO DE INSPECCIÓN TÉCNICA DE EDUCACIÓN; II. ACCESO Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO DE FUNCIÓN INSPECTORA EDUCATIVA). No parece dudoso concluir en que la regulación del apartado I no tiene carácter básico, constituyendo a lo sumo Derecho supletorio del Estado (art. 149.3 CE). Por el contrario, pese a su rango secundario -lo que ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional- parece razonable que el apartado II sí contiene normas de carácter básico, pues son desarrollo directo de base estatal (disposición adicional 15.7 LMURFP) cuya concreción reglamentaria no puede quedar al albur de cada Comunidad Autónoma so pena de desvirtuar la función constitucional que el Ordenamiento asigna a las normas materialmente básicas. Si ello es así, esta parte del Reglamento indicado no tiene carácter supletorio de las lagunas del Derecho autonómico, sino aplicación directa, en cuanto base que es, sin perjuicio de su ulterior desarrollo por la Comunidad Autónoma, bien entendido que la omisión normativa autonómica no es tanto laguna normativa a rellenar por el Derecho supletorio del Estado cuanto silencio que debe ser integrado por la norma básica cuyo desarrollo no se ha acometido o éste ha sido imperfecto.

Partiendo de esta premisa, se distingue entre el doble origen de los funcionarios de la función inspectora (art. 14), conforme, por cierto, con la norma básica. Se establece asimismo un doble sistema de acceso, según se provenga de la función docente (concurso, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, art. 15); el contar como mínimo con 7 años de experiencia docente, cinco de ellos al

menos como funcionario de carrera, art 15.2.tres; superar un curso de especialización teórico práctico de carácter selectivo (art. 16.2.seis); el ejercicio de la función será de 3 años, prorrogables otros tres, disponiéndose un mecanismo que permite su ejercicio indefinido (arts. 16 y 17). Con carácter previo a ese sistema de provisión, "se convocará un concurso de traslados en el que en todo caso, podrán participar: a) los funcionarios del Cuerpo de Inspectores al servicio de la Administración Educativa b) los funcionarios docentes que se encuentren en el ejercicio de la función inspectora y hayan superado la valoración a que se refiere el art. 17.2". Aquellos funcionarios se reservarán "el 40 por 100 de las plazas convocadas", de forma que las vacantes de esta reserva que queden desiertas podrán acumularse a las ofertadas para los funcionarios docentes en función inspectora" - reserva tasada que parece vulnerar la base correspondiente toda vez que ésta remite a la Administración educativa autonómica la fijación del porcentaje mínimo que corresponda, no siendo procedente que sea el Gobierno el que, al socaire de un Reglamento ejecutivo de naturaleza básica, restrinja la previsión normativa de la ley de cobertura que pretendidamente desarrolla-. Finalmente, por si alguna duda cupiera al respecto, la disposición transitoria del citado Real Decreto dispone que el mismo será de aplicación " a los funcionarios docentes que accedieron a la función inspectora por aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta, número 7, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública"; en tanto que la disposición adicional contempla la posibilidad de que el Estado y las Comunidades Autónomas concierten acuerdos para permitir la movilidad de los docentes en la función inspectora "a través de la participación en los concursos de traslados convocados por las correspondientes Administraciones educativas"

G) La Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) regula sucintamente a la inspección educativa (art. 61), precepto que aunque no orgánico (disposición final tercera id.) sí parece tenerlo básico -al menos en cuanto a la existencia de una inspección educativa en cada Administración docente- (disposición final primera.1 id.) contemplándose expresamente el desarrollo normativo autonómico de la mencionada Ley (disposición final primera.2 id.). Ley que, por su parca regulación, deja incólume la ordenación contenida en la disposición adicional 15.7 LMRFP, que debe entenderse vigente plenamente.

A partir del 15 de marzo de 1993, fecha de la Orden de convocatoria cuestionada, la regulación estatal/autonómica de la función inspectora pasó a estar contenida en las siguientes normas, cuyo contenido se expone sucintamente a los efectos de perfilar la naturaleza y régimen de la mencionada "función inspectora docente".

H) Mediante Decreto 60/1995, de 24 de marzo, de Ordenación de la Inspección de Educación en la Comunidad Autónoma de Canarias (3) se procede nuevamente a regular el régimen autonómico de tal función conectada sustancialmente con la actividad docente. Por lo que a la cuestión que consideramos atañe, el acceso y permanencia en la función inspectora "serán determinados por las normas básicas del Estado" (art. 15). Se dispone el concurso de traslado previo, reservándose hasta un 25% de las plazas ofertadas para ser cubiertas por funcionarios del Cuerpo de Inspectores al servicio de la Administración Educativa, pasando las plazas no cubiertas a engrosar las plazas ofertadas. Los funcionarios que hubieran accedido a la función inspectora al amparo del Decreto 130/1988 -derogado por este decreto- se registrará por dicha norma (disposición transitoria)

I) La Ley orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de Participación, Evaluación y Gobierno de los Centros Docentes -parcialmente orgánica, disposición final sexta- y básica al dictarse al amparo del arts. 149.1.1ª, 18ª y 30ª CE procede a la derogación expresa de la disposición adicional 15. 7 LMURFP (disposición derogatoria única.1). Dedicar un extenso TITULO IV a la inspección educativa, cuyos preceptos (arts 35 a 43) tienen naturaleza básica, como se vio, contemplándose expresamente la competencia de desarrollo normativo de la ordenación, organización y funcionamiento de la inspección educativa en el arts. 37.4 y 43.1. El art. 37.1 procede a crear el novedoso Cuerpo de Inspectores de Educación. Para acceder al indicado Cuerpo "será necesario pertenecer a alguno de los Cuerpos que integran la función pública docente con una experiencia mínima docente de 10 años " (art. 38.1) y "además, [estar] en posesión del título de Doctor, Licenciado, Ingeniero o Arquitecto" (art. 38.2). El sistema de ingreso en el Cuerpo será el de "concurso-oposición", que se realizará de conformidad con los criterios señalados en el art. 39.2 (art. 39.1). Los candidatos seleccionados mediante el citado concurso "deberán

realizar para "su adecuada preparación un período de prácticas, [cuya] organización (...) corresponderá, en cada caso, a la Administración convocante".

La creación de este cuerpo se acompaña de ciertas medidas de carácter adicional y transitorio contenidas en la disposición adicional primera LOPEGCD. A saber, la supresión del Cuerpo de Inspectores al servicio de la Administración Educativa creado por la LMURFP, pudiendo sus funcionarios integrarse en el nuevo Cuerpo o quedar en el mismo con la consideración a extinguir (teniendo en este caso derecho a adscribirse a puestos de la función inspectora y a participar en los concursos a efectos de movilidad). Los inspectores del Cuerpo suprimido con destino definitivo e integrados en los correspondientes Cuerpos de las Comunidades Autónomas podrán permanecer en los mismos o integrarse en el nuevo Cuerpo de Inspectores de Educación (tendrán, derecho a puestos de inspección y a la movilidad para ocupar puestos del Cuerpo de Inspectores de Educación). Finalmente, los funcionarios docentes adscritos a la función inspectora de conformidad con lo dispuesto en la LMURFP y que pertenezcan al Grupo A se integrarán en el Cuerpo de Inspectores de Educación. Los pertenecientes al Grupo B se integrarán en el mencionado Cuerpo por alguno de los procedimientos señalados en la Disposición Adicional primera,⁴ LOPEGCD. Los que no resultaren integrados continuarán desempeñando la función inspectora "de conformidad con las disposiciones por las que accedieron a la misma" (disposición adicional primera.⁵ LOPEGCD).

Este régimen, lógicamente, sustituye en estos momentos al hasta ahora vigente, afectando no sólo a la regulación de la función inspectora del Estado, sino también al de las Comunidades Autónomas, dada la naturaleza básica de la normativa reseñada y el carácter orgánico de alguno de sus preceptos. Particularmente la reseñada y extractada disposición adicional primera LOPEGCD, según se desprende de la disposición final sexta id.

Lógicamente, la aplicación de la citada normativa debe hacerse en el contexto histórico en el que surge, por lo que -salvo las disposiciones de carácter transitorio- la misma no tiene efectos temporales retroactivos. Ahora bien, es significativa su cita a los efectos de concluir que en la sucesiva ordenación básica y/o orgánica del Estado (vinculante para las Comunidades Autónomas) la ordenación de la función inspectora educativa trasciende el marco meramente organizativo de tales Comunidades, porque contiene bases del régimen jurídico de los funcionarios docentes,

particularmente su régimen de provisión, que la propia LMURFP singulariza (art. 1.2) para el personal docente, como por otra parte concreta el Reglamento general de Provisión de Puestos de Trabajo (aprobado por Real Decreto 28/90, de 15 de enero, art. 1.2).

V

A la vista de la anterior normativa se debe considerar la corrección o inadecuación jurídica de la mencionada Orden de 15 de marzo de 1993, a la vista del régimen de revisión de oficio previsto y regulado en la LRJAP-PAC.

A la Orden que se pretende revisar (de 15 de marzo de 1993) le es de aplicación el bloque normativo señalado en los dos Fundamentos anteriores. Del mismo resulta que la provisión de puestos en la función inspectora -regulación que, como se vio, tiene carácter básico- presenta una doble fase consecutiva, anudada una a otra, de forma que una se explica y justifica por la realización de la inmediatamente anterior.

A) Inicialmente, debe efectuarse un doble concurso de traslados en el que podrán participar los funcionarios del Cuerpo de Inspectores de la Administración Educativa y ciertos funcionarios docentes que se encuentren en el ejercicio de la función inspectora (vid. RD 1.524/1989).

B) Concluido el procedimiento anterior se cubrirán mediante concurso los puestos vacantes de función inspectora entre funcionarios docentes.

Por lo que atañe al procedimiento, en el inicial concurso de traslados, los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Inspectores se reservarán el 40% de las plazas convocadas, de forma que las vacantes que resultaren se acumularán a las ofertadas para los funcionarios docentes en función inspectora. Concluida esta primera fase, se procederá a la realización del concurso, de conformidad con los requisitos legalmente previstos y concretados en la convocatoria efectuada al caso.

La Orden de 15 de marzo de 1993, que ahora se pretende revisar, en sus apartados 2.1 y 2.2 dispone que los que pueden optar a los puestos de trabajo de función inspectora son aquellos que "pertenecientes a los Cuerpos docentes que prestan servicio en la Comunidad Autónoma de Canarias" posean titulación de

licenciado, arquitecto o ingeniero y cuenten, " al menos, con cinco años de servicio como funcionarios docentes". El ámbito subjetivo de la convocatoria se matiza en el sentido de reconocer a los funcionarios del extinguido Cuerpo de Inspectores al servicio de la Administración educativa "preferencia, sea cual fuere la puntuación que obtuvieran, en concurrencia con funcionarios de Cuerpos docentes".

Sucintamente,

- La convocatoria no dispone la secuencia procedimental compleja a la que hemos hecho referencia anteriormente, deduciéndose de su redacción que sólo hay un concurso al que concurrirán todos los interesados, sea cual fuere su procedencia. No se ha seguido, pues, el procedimiento legal y reglamentariamente previsto; especial por otra parte, desde el momento en que se trata de bases singulares de la función pública docente, en relación, además, con una peculiar actividad cual es la función inspectora.

- En segundo lugar, sólo se atiende a funcionarios procedentes del Cuerpo de Inspectores al servicio de la Administración educativa y a los funcionarios docentes, pero no a estos funcionarios en cuanto estén o hayan estado al servicio de la función inspectora; funcionarios que, además, tienen una preferencia reglamentariamente reconocida para acceder a los puestos vacantes de la función inspectora, tras los funcionarios pertenecientes al mencionado Cuerpo.

- En tercer lugar, la mencionada regulación básica dispone que los funcionarios pertenecientes al mencionado Cuerpo tendrán derecho a una reserva del 40% de las plazas ofertadas. La convocatoria no fija porcentaje alguno. Sólo su "preferencia, sea cual fuere la puntuación que obtuvieran", lo que por sí sólo vulnera los principios de igualdad y capacidad en el acceso a la función pública. Cuestión conexas pero distintas es que ese porcentaje fijado reglamentariamente es inconstitucional en la medida que es un exceso en la concreción de la base que, recuérdese, dejaba al criterio de la Comunidad Autónoma (disposición adicional 15.7 LMURFP) la fijación del mencionado porcentaje. En cualquier caso, en la convocatoria no se fija porcentaje alguno; al contrario, el acceso a tales puestos de los mencionados funcionarios se efectúa con vulneración de los principios constitucionales rectores de la función pública.

- Lógicamente, tampoco se considera la acumulación de las plazas vacantes tras el primer concurso de traslado (funcionarios del Cuerpo de inspectores) al segundo concurso de traslado (funcionarios en ejercicio de la función inspectora), lo que también es una flagrante vulneración del procedimiento legalmente establecido.

- Finalmente, aunque de esto no se ha hecho cuestión en la Propuesta de Orden, la regulación reglamentaria básica citada (RD 1.524/1989) prescribe que los funcionarios docentes que pretendan integrarse en la función inspectora deberán "contar como mínimo con 7 años de experiencia docente", lo que se rebaja en la convocatoria a cinco -bien es verdad que esos son los años que al efecto señala el Decreto 130/88, regulador de la función inspectora- previsión que al parecer tiene carácter básico y no meramente supletorio.

De todo lo expuesto resulta que se vulnera la normativa aplicable en la materia, esto es, se produce una infracción grave de normas de rango legal y reglamentario lo que, unido a la iniciación del procedimiento revisor con anterioridad al transcurso de cuatro años desde que el acto fue dictado, implica la concurrencia de las circunstancias previstas en el art. 103.1 LPAC para proceder a la declaración de anulabilidad de la citada Orden de 15 de marzo de 1993.

C O N C L U S I Ó N

La propuesta de Orden por la que se declara la anulabilidad de la Orden de 15 de marzo de 1993 se ajusta a Derecho, pues vulnera la normativa aplicable para el acceso a la función inspectora en materia educativa, como se razona en los Fundamentos IV y V.