



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero y
Ponente

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 5 de julio de 2012, ha examinado el *expediente de revisión de oficio instado por Dña. xxxx1*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 11 de junio de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de revisión de oficio incoado por Dña. xxxx1, para declarar la nulidad de la Orden PAT/1110/2005, de 29 de julio, por la que se acepta su renuncia a la condición de funcionaria.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con la misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 380/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 55 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 17/2012, de 3 de mayo. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Velasco Rodríguez.

Primero.- El 16 de diciembre de 2011 Dña. xxxx1 solicita "que se declare de oficio la nulidad de pleno derecho de la Orden PAT/1110/2005, de 29 de julio, por la que se acepta la renuncia a la condición de funcionaria (...)". En su escrito expone: "Con fecha 27 de junio de 2005, Dña. xxxx1 toma posesión de su plaza como funcionaria, firmando declaración de no estar afectada de incompatibilidad alguna para el desempeño de las funciones inherentes a dicha plaza, con la salvedad que de puño y letra se hizo constar en



dicha declaración solicitando su excedencia; pues en esa fecha la Administración mantenía que [la interesada] podría incurrir en incompatibilidad entre [su] condición de funcionaria y la de titular de oficina de farmacia. (...)

»Con fecha 30 de junio de 2005 [la Delegación Territorial] de la Junta de Castilla y León en xxxx2 dicta resolución por la que se acuerda la suspensión temporal del funcionamiento de la oficina de farmacia situada en el Paseo xx1, de xxxx2, titularidad de Dña. xxxx1. Dicha resolución es notificada y ejecutada en un mismo acto al día siguiente, 1 de julio de 2005 (viernes).

»En dicha resolución se hace constar que la medida de suspensión temporal del funcionamiento de la oficina de farmacia `persistirá mientras la interesada no garantice que se ha puesto fin al supuesto de hecho que motiva su adopción´. Es decir, mientras siguiera con su condición de funcionaria, se mantendría el cierre de la oficina de farmacia.

»Ante esta situación, y totalmente coaccionada por la condición impuesta por la resolución que acordaba la suspensión temporal de la oficina de farmacia (que era su único `modus vivendi´), [la interesada] no tuvo otra alternativa que solicitar al lunes siguiente, día 4 de julio de 2005, su renuncia a la condición de funcionaria, y esa misma mañana, prácticamente acto seguido, se dictó Resolución de 4 de julio de 2005, de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León, por la que se acordó el levantamiento de la suspensión temporal del funcionamiento de la oficina de farmacia.

»Actualmente no soy titular de oficina de farmacia alguna, pues la indicada oficina de farmacia sita en el Paseo xx1 fue transmitida mediante escritura de compraventa otorgada a favor de Dña. xxxx3, en cumplimiento de la Resolución de fecha 15 de noviembre de 2010.

»La Resolución de fecha 30 de junio de 2005, que acordó la suspensión temporal de la oficina de farmacia, fue declarada nula por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de xxxx2, en el procedimiento abreviado nº 360/2005”.

Alega que concurre causa de nulidad de la Orden PAT/1110/2005, de 29 de julio, ya que su renuncia a la condición de funcionaria “vino impuesta por la



Resolución de 30 de junio de 2005, que posteriormente fue declarada nula” y “los actos nulos de pleno derecho arrastran la nulidad de todo lo posterior”.

Segundo.- En el expediente constan probados los siguientes hechos:

- Mediante Resolución de 2 de septiembre de 2004, de la Dirección General de Salud Pública y Consumo de la Consejería de Sanidad, se autoriza a Dña. xxxx1 la instalación de la oficina de farmacia en el Paseo xx1 de xxxx2. Por Resolución de 21 de marzo de 2005, de la citada Dirección General, se autoriza a la interesada el funcionamiento de dicha oficina de farmacia. Desde el 12 de abril de 2005 la interesada es farmacéutica titular propietaria de una oficina de farmacia sita en el Paseo xx1, en xxxx2 (así consta en el certificado emitido por el Jefe del Servicio de Control y Evaluación de Centros y Actividades Sanitarias, de la Dirección General de Salud Pública y Consumo).

- Mediante Orden PAT/390/2005, de 21 de marzo, se nombra funcionaria del Cuerpo Facultativo Superior, Escala Sanitaria (Farmacéuticos, Atención Primaria) de la Administración de la Comunidad de Castilla y León a Dña. xxxx1, quien toma posesión de su puesto de trabajo el 27 de junio de 2005.

- El mismo día 27 de junio la interesada presenta un escrito en la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León, en xxxx4, en el que solicita la excedencia “ante la posibilidad de encontrar[se] en una situación de posible incompatibilidad”. De este hecho deja constancia manuscrita en la “Declaración de no estar afecto de incompatibilidad” firmada en la toma de posesión.

- Mediante Resolución de 30 de junio de 2005 de la Jefa del Servicio Territorial de Sanidad y Bienestar Social de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en xxxx2 se acuerda la suspensión temporal del funcionamiento de la oficina de farmacia, por vulnerar la titular (Dña. xxxx1) el “régimen de incompatibilidades profesionales regulado en el artículo 62 de la Ley 13/2001, de 20 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad de Castilla y León”. Se señala que la medida “persistirá mientras la interesada no garantice que se ha puesto fin al supuesto de hecho que motiva su adopción”.



- El 4 de julio presenta un escrito en el que solicita que "se tenga por efectuada su renuncia a la condición de funcionaria". Mediante Orden PAT/1110/2005, de 29 de julio, se declara "la pérdida de la condición de funcionaria de Dña. xxxx1, por renuncia expresa a la misma, desde el día 4 de julio de 2005".

- En la misma fecha la Jefa del Servicio Territorial de Sanidad y Bienestar Social propone el levantamiento de la suspensión temporal del funcionamiento de la oficina de farmacia, habida cuenta de que, al haber renunciado la interesada a su condición de funcionaria, "ya no se vulnera el régimen de incompatibilidades profesionales regulado en el artículo 62.1 de la Ley 13/2001, de 20 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad de Castilla y León". Dicha propuesta no está firmada y no consta en el expediente remitido la Resolución dictada.

- El 25 de abril de 2006 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de xxxx2 dicta Sentencia por la que inadmite la pretensión de la recurrente "relativa a la declaración de la misma en situación de excedencia voluntaria" y estima parcialmente el recurso planteado frente a la resolución de 30 de junio de 2005, "declarando la nulidad de la suspensión temporal de funcionamiento de la oficina de farmacia".

Respecto a la primera pretensión, la sentencia señala que la petición "excede del ámbito de la resolución impugnada y de este procedimiento, pues en ella nada se dice, ni resuelve, sobre la excedencia voluntaria de la recurrente en su situación de funcionario público", por lo que la situación jurídica individualizada cuyo reconocimiento se pretende es ajena al acto administrativo impugnado.

Con relación a la segunda pretensión, la Sentencia declara que "La medida cautelar prevista en el artículo 62 de la Ley de Ordenación Farmacéutica podrá adoptarse cuando se aprecie la posible existencia de alguna de las infracciones reguladas en dicha Ley, infracciones todas ellas relacionadas con la oficina de farmacia y su actividad, y para alguna de las cuales sí está previsto, como sanción, el cierre de la farmacia, pero no cuando lo que se aprecia es un incumplimiento o presunto incumplimiento de la normativa de función pública, [en cuyo caso] deberán adoptarse las medidas previstas en ésta, que no son otras que las previstas en el artículo 33 del Decreto 33/1986 y



que son las que tienden a asegurar la eficacia de la resolución que en su día pudiera recaer; resolución en la que se podrá adoptar alguna de las sanciones previstas en el artículo 14 del mismo texto, sanciones respecto de las que ninguna instrumentalidad tiene la suspensión temporal de la oficina de farmacia”.

- Como se ha expuesto *ut supra*, el 16 de diciembre de 2011 (seis años y medio después de haberse presentado y aceptado la renuncia, y más de cinco años y medio después de haberse dictado la sentencia anulatoria de la resolución de suspensión temporal de funcionamiento de la oficina de farmacia) Dña. xxxx1 solicita la revisión de oficio de la Orden PAT/1110/2005, de 29 de julio, por la que se acepta su renuncia a la condición de funcionaria.

Tercero.- El 23 de diciembre de 2011 el Inspector General de Servicios comunica que “en la Inspección General de Servicios no existe antecedente alguno en relación con el nombramiento como funcionaria de la interesada”.

Cuarto.- El 19 de enero de 2012 el Jefe de Servicio de Registro y Gestión de Personal de la Dirección General de la Función Pública remite copia de la siguiente documentación:

- Orden PAT/1110/2005, de 29 de julio de 2005, por la que se declara la pérdida de la condición de funcionaria de la interesada, por renuncia expresa de ésta; y publicación de la Orden. Se adjunta también la propuesta de orden de la Directora General de la Función Pública de 29 de julio de 2005.

- Documentación relativa a la toma de posesión y al cese de la funcionaria.

Quinto.- El 20 de marzo de 2012 se requiere a la interesada para que especifique la concreta causa, de entre las fijadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que concurre en el acto impugnado y en la que basa su solicitud de declaración de nulidad.

El 29 de marzo presenta un escrito en el que fundamenta la solicitud de nulidad en las causas previstas en el artículo 62.1.a) (los que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional) en relación con el artículo



23 de la Constitución, y en el artículo 62.1.e) (actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido), ya que la Resolución que acordó la suspensión temporal de la oficina de farmacia fue declarada nula por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, al haber sido "dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido".

Sexto.- El 11 de abril de 2012 la Jefe del Servicio de Régimen Jurídico de la Dirección General de la Función Pública formula propuesta de orden en el sentido de "desestimar la solicitud de declaración de oficio de la nulidad de la Orden PAT/111/2005, de 29 de julio, por la que se acepta la renuncia a la condición de funcionaria formulada por Dña. xxxx1".

Séptimo.- El 25 de abril de 2012 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de orden.

Octavo.- Remitido el expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para la emisión del preceptivo dictamen, mediante Acuerdo de 9 de mayo de 2012 del Presidente del Consejo se inadmite a trámite, al no estar acreditado que, una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución, se haya efectuado el obligatorio trámite de audiencia a todos los que constan como interesados y puedan verse afectados.

Noveno.- El 22 de mayo el Director General de la Función Pública emite un informe-propuesta en el que señala que no existen otros interesados que puedan verse afectados por la resolución que se dicte y que no se ha dado trámite de audiencia a la interesada puesto que "no son tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las ya conocidas y aducidas por la interesada (que son las únicas que integran su expediente personal)".

En tal estado de tramitación, se dispuso de nuevo la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.



II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 2º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado b), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

Además, la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo resulta justificada, con toda claridad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Del referido artículo se deduce que dicho dictamen es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, ya que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiera sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

2ª.- En cuanto a la competencia para resolver el procedimiento, el acto cuya revisión se solicita fue dictado por el Consejero de Presidencia y Administración Territorial, que era el órgano competente en materia de función pública en la fecha en que aquel se dictó, de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 71/2003, de 17 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial. Dicha competencia se atribuyó posteriormente a la Consejería de Administración Autónoma (artículo 5 del Decreto 2/2007, de 2 de julio, del Presidente de la Junta de Castilla y León, de Reestructuración de Consejerías), y actualmente la ostenta la Consejería de Hacienda (artículo 5 del Decreto 2/2011, de 27 de junio, del Presidente de la Junta de Castilla y León, de Reestructuración de Consejerías).

Por tanto, la competencia para resolver el presente procedimiento corresponde a la Consejera de Hacienda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.



3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento de revisión de oficio iniciado a solicitud de Dña. xxxx1 para declarar la nulidad de la Orden PAT/1110/2005, de 29 de julio, por la que se acepta la renuncia de aquella a su condición de funcionaria.

Según el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, "Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, 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".

Por lo tanto, para dar curso al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, es necesario que concurran los siguientes presupuestos:

- Que se encuentren en uno de los supuestos enumerados en el artículo 62.1 o que, al amparo de la última letra del citado precepto, estén expresamente previstos en una ley.
- Que pongan fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, si bien este último es un requisito que sólo jugará cuando se inicie la revisión a instancia del interesado y no cuando el procedimiento sea instado de oficio por la propia Administración autora del acto.
- Que la solicitud de revisión de oficio se inste por persona interesada o de oficio por la propia Administración.

El citado artículo 102 no contempla un procedimiento específico para la revisión de oficio de los actos administrativos, sino que se limita a exigir el dictamen previo favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Por ello, resultan de aplicación las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos, contenidas en el título VI de la citada Ley.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que el procedimiento se ha tramitado conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26



de noviembre: figura la solicitud de la interesada y la propuesta de resolución, y no se considera necesario la concesión de un trámite de audiencia, ya que, como indica la Consejería, “no son tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las ya conocidas y aducidas por la interesada (que son las únicas que integran su expediente personal)”. Finalmente, la exigencia de informe del Consejo Consultivo de Castilla y León se cumple con la emisión del presente dictamen.

4ª.- En el supuesto objeto de examen, este Consejo Consultivo comparte el criterio de la Administración consultante y considera que no concurren las causas de nulidad invocadas por la interesada que permitan declarar la nulidad de la Orden PAT/1110/2005, de 29 de julio, por la que se acepta su renuncia a la condición de funcionaria.

Por un lado, la interesada fundamenta su pretensión de nulidad del acto en la causa prevista en el artículo 62.1.a (actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional), en relación con el artículo 23 de la Constitución, que consagra el derecho a la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la función pública.

En el supuesto analizado, no existe lesión de este derecho, ya que éste garantiza la igualdad de acceso a la función pública mientras que en el caso objeto de dictamen se trata de la renuncia de la interesada a la condición de funcionaria que había obtenido unos meses antes. Además, tampoco se señala ni se justifica el elemento discriminatorio en el acceso a la función pública que pueda fundamentar la concurrencia de la causa de nulidad del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por otro lado, tampoco concurre la causa prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La interesada alega que la omisión total y absoluta del procedimiento se ha producido al dictar, no la Orden cuya nulidad pretende, sino la Resolución de 30 de junio de 2005, por la que se acordó la suspensión temporal del funcionamiento de la oficina de farmacia, procedimiento éste distinto al de la renuncia presentada y aceptada. Y ello con independencia de que la suspensión temporal del funcionamiento de la oficina de farmacia fuera anulada en vía judicial -pues esta Resolución no imponía la renuncia- o de los motivos que pudieron llevar a la interesada a presentar la



renuncia, al no constar la existencia de vicios del consentimiento u otras causas que pudieran invalidar la actuación de la interesada.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

No procede declarar la nulidad de la Orden PAT/1110/2005, de 29 de julio, por la que se acepta la renuncia a la condición de funcionaria solicitada por Dña. xxxx1, funcionaria del Cuerpo Facultativo Superior, Escala Sanitaria (Farmacéuticos, Atención Primaria).

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