



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero y
Ponente

Sr. Nalda García, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 25 de marzo de 2014, ha examinado el *procedimiento de revisión de oficio incoado por el Director General de Función Pública*, 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 3 de marzo de 2014 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 6 de julio de 2012, del Director General de la Función Pública, por la que se concede a Dña. xxxx una comisión de servicios para el desempeño de un puesto de trabajo de farmacéutica en el Centro de Salud de xxxx1, dependiente del Servicio Extremeño de Salud.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 5 de marzo de 2014, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 89/2014, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Velasco Rodríguez.

Primero.- Por Resolución de 6 de julio de 2012, del Director General de la Función Pública, se concede a Dña. xxxx, funcionaria del Cuerpo Facultativo Superior, Escala Sanitaria, de la Junta de Castilla y León, una comisión de servicios para el desempeño de un puesto de trabajo de farmacéutica en el Centro de Salud de xxxx1, dependiente del Servicio Extremeño de Salud. La comisión de servicios se concede por un periodo de un año.



Segundo.- El 19 julio de 2012 el Servicio Extremeño de Salud solicita la revocación de la comisión de servicios referida por ser incompatible su régimen jurídico funcional, ya que la plaza para la que se concede la comisión de servicios es estatutaria y no funcional.

Por Resolución de 30 de julio de 2012, del Director General de la Función Pública, se revoca la comisión de servicios.

Tercero.- Interpuesto recurso contencioso administrativo contra la citada resolución de revocación, la Sentencia de 10 de abril de 2013, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de xxx2, estima el recurso y declara no ajustada a derecho la resolución impugnada, al haberse revocado la comisión de servicios "sino la declaración de lesividad y posterior impugnación ante la jurisdicción contenciosa, infringiendo de manera manifiesta el artículo 103 de la Ley 30/1992".

La Sala de lo Contencioso Administrativo (Sala de xxx3) del Tribunal Superior de Justicia, en Sentencia nº 322/2013, de 15 de julio de 2013, desestima el recurso de apelación interpuesto contra aquélla y confirma la sentencia de instancia.

Cuarto.- A petición del Director General de la Función Pública de la Junta de Castilla y León, el Secretario General del Servicio Extremeño de Salud emite un informe el 5 de noviembre en el que concluye que "en el momento actual persiste la causa que imposibilita conceder una comisión de servicios a plaza de naturaleza estatutaria a Dña. xxx, ya que, al pertenecer a otro régimen jurídico (funcionaria del Cuerpo Facultativo Superior, Escala Sanitaria, especialidad farmacéutica), no cumple con el requisito exigido para el desempeño de la plaza (...), esto es, pertenecer a la categoría estatutaria de Farmacéutico/a en Equipo de Atención Primaria, y consecuentemente, la imposibilidad de llevar a cabo la correspondiente toma de posesión".

Se adjunta al informe un certificado expedido por el Gerente del Área de Salud de xxx4, de 7 de octubre de 2013, en el que hace constar los servicios prestados de manera interina por la interesada en esa Gerencia entre el 16 de diciembre de 2002 y el 17 de junio de 2012, así como documentación relativa a su nombramiento, toma de posesión y baja.



Quinto.- El 3 de diciembre la Jefe del Servicio de Régimen Jurídico de la Dirección General de la Función Pública propone el inicio del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 6 de julio de 2012, por la que se concede la comisión de servicios a Dña. xxxx, al advertirse "indicios suficientes de la posible concurrencia de vicio de nulidad de pleno derecho".

Sexto.- En la misma fecha se solicita informe a la Asesoría Jurídica de la Consejería de Hacienda sobre la propuesta de inicio del procedimiento de revisión de oficio.

El 10 de diciembre de 2013 emite el informe solicitado. En él advierte la no preceptividad del informe jurídico en este supuesto y señala que, a la vista de las resoluciones judiciales recaídas, "procede la declaración de lesividad del acto de otorgamiento o reconocimiento de la comisión de servicios, como acto declarativo de derechos que es, para posteriormente llevar a cabo su ulterior impugnación en la vía de la jurisdicción contencioso administrativa, y con ello dejar sin efecto la Resolución de [6] de julio de 2012, por la que se autorizó la comisión de servicios a la Sra. xxxx (fundamento de derecho tercero, Sentencia 15/07/2013, nº 322/2013, y art. 103 de la Ley 30/1992) y dar cumplimiento con ello a lo ordenado en sede judicial".

Séptimo.- Mediante Resolución de 13 de diciembre de 2013 del Director General de la Función Pública, se inicia el procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de la Resolución de 6 de julio de 2012, al advertirse "indicios suficientes de la posible concurrencia de vicio de nulidad de pleno derecho", dado que la funcionaria interesada no puede ocupar la plaza de farmacéutica del Servicio Extremeño de Salud "al carecer de la condición de personal estatutario de la categoría correspondiente requerida para su desempeño". No se indica en esta resolución la concreta causa de nulidad de pleno derecho en la que se fundamenta la revisión propuesta, de entre las previstas 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.

La Resolución de inicio se notifica a la interesada el 17 de enero de 2014.

Octavo.- A petición del instructor, el 15 de enero de 2014 la Jefe del Servicio del Registro y Gestión de Personal comunica que Dña. xxxx es funcionaria de carrera del Cuerpo Facultativo Superior, Escala Sanitaria



(Farmacéuticos), de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y adjunta copia del expediente administrativo de la funcionaria que obra en el Registro General de Personal.

Noveno.- En el trámite de audiencia, el 7 de febrero de 2014 la interesada presenta un escrito (registrado de entrada en la Viceconsejería de Función Pública y Modernización el 13 de febrero) en el que alega que la revisión de oficio pretendida es contraria a la equidad, a la buena fe, a la ley y al derecho que se le ha reconocido, por lo que deben aplicarse los límites a la potestad revisoria establecidos en el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y archivar el expediente de revisión de oficio.

Señala asimismo su oposición a la revisión pretendida porque existe litispendencia, ya que, ante la negativa del Servicio Extremeño de Salud a que tome posesión de su puesto de trabajo, ha interpuesto un recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de xxxx4, que ha dado lugar al Procedimiento Abreviado 11/2014.

Décimo.- El 10 de febrero se formula propuesta de resolución en el sentido de declarar la nulidad de la Resolución de 6 de julio de 2012, del Director General de la Función Pública, por la que se concede la comisión de servicios a Dña. xxxx para el desempeño de una plaza de farmacéutica en el centro de salud de xxxx1, al concurrir la causa prevista en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ("actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición").

Decimoprimer.- El 10 de febrero se suspende el plazo máximo para dictar y notificar la resolución, lo que se notifica a la interesada.

Decimosegundo.- El 18 de febrero la Asesoría Jurídica de la Consejería de Hacienda informa desfavorablemente la propuesta de resolución mencionada y reitera su criterio, expuesto en su anterior informe de 10 de diciembre de 2013, de la necesidad de proceder a la declaración de lesividad de la resolución cuya nulidad se pretende.

Decimotercero.- El 20 de febrero de 2014 la Jefe del Servicio de Régimen Jurídico emite un informe en el que, a la vista de las alegaciones de la interesada (recibidas en la Viceconsejería con posterioridad a la formulación de



la propuesta de resolución), se ratifica en el contenido de la propuesta de resolución formulada e incluye un nuevo fundamento de derecho a fin de razonar la desestimación de las alegaciones de la interesada.

En tal estado de tramitación, se dispuso 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 Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.g) del Acuerdo de 31 de mayo de 2012, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la 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. 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.- La competencia para resolver el procedimiento corresponde a la Viceconsejera de Función Pública y Modernización, 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, ya que la resolución cuya revisión se pretende se dictó por la Dirección General de la Función Pública dependiente de esa Viceconsejería (artículo 4 del Decreto 31/2011, de 7 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda).

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente de revisión de oficio incoado para declarar la nulidad de la Resolución de 6 de julio de 2012 de la Dirección General de la Función Pública, por la que se concede a Dña. xxxx una comisión de servicios para el desempeño de un puesto de trabajo de



farmacéutica en el centro de salud de xxxx1, dependiente del Servicio Extremeño de Salud.

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 concurren 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 mencionado 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.

A la vista de la documentación obrante en el expediente, puede afirmarse que el procedimiento se ha tramitado conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Así, figura la Resolución de inicio del procedimiento dictada por el Director General de la Función Pública, de acuerdo con



el artículo 63.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, la concesión del trámite de audiencia a la interesada, que ha presentado alegaciones, y la propuesta de resolución. Finalmente, la exigencia de informe del Consejo Consultivo se cumple con la emisión del presente dictamen.

4ª.- En el supuesto objeto de análisis, la propuesta de resolución señala que concurre la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al afirmar que la funcionaria interesada carece de uno de los requisitos esenciales para poder ocupar la plaza concedida en comisión de servicios, ya que "no cumple con el requisito exigido para su desempeño de pertenencia a la correspondiente categoría y especialidad de personal estatutario.

Se indica en la propuesta que "efectivamente, la condición de ostentar el régimen jurídico de personal estatutario para la provisión de plaza básica de categoría de farmacéutica a que se refiere la comisión de servicios (...) constituye un requisito esencial legalmente establecido que Dña. xxxx no ostenta, en cuanto su relación de servicios con la Administración es la de funcionaria de carrera del Cuerpo Facultativo Superior, Escala Sanitaria (farmacéutica), de la Administración de Castilla y León". Concluye que la Resolución por la que se le concedió la comisión de servicios, si bien se dictó "desconociendo la naturaleza estatutaria de la plaza en cuestión", resulta contraria al ordenamiento jurídico y en su virtud la interesada ha adquirido derechos o facultades careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

De los informes obrantes en el expediente se infiere que la plaza para la que se concedió una comisión de servicios a la funcionaria interesada estaba reservada para personal estatutario (en virtud del Decreto 203/2006, de 28 de noviembre, de la Junta de Extremadura), por lo que aquélla carece de uno de los requisitos para poder optar a ocupar dicha plaza.

Acreditado el incumplimiento normativo, el objeto de este dictamen se circunscribe a determinar si se está en presencia de la causa de nulidad alegada o concurre un vicio de anulabilidad, irregularidad que permitiría a la Administración Autónoma acudir al mecanismo regulado en el artículo 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en tanto no hayan transcurrido cuatro años desde que se dictó el acto administrativo.



La apreciación de la causa de nulidad invocada requiere no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud de él y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición. En relación con esta última condición, ha de advertirse que no es suficiente con la constatación de que se han incumplido los requisitos previstos en la normativa de aplicación, sino que es necesario que el incumplimiento sea cualificado. Por ello, resulta preciso distinguir entre "requisitos necesarios" y "requisitos esenciales", de tal forma que no todos los que puedan ser considerados como necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de "esenciales", que sólo revestirán tal carácter cuando constituyan los presupuestos de la estructura definitoria del acto, o sean absolutamente determinantes para la configuración del derecho adquirido o la finalidad a alcanzar.

Este Consejo Consultivo ha tenido ocasión de analizar la distinción entre requisitos necesarios y requisitos esenciales en numerosos dictámenes (*a.e.*, 384/2004, 636/2008, 79/2011 o 876/2012), acogiendo la reiterada doctrina del Consejo de Estado.

La revisión de oficio de los actos administrativos constituye un cauce de utilización excepcional y de carácter limitado, ya que comporta que, sin mediar una decisión jurisdiccional, la Administración pueda volver sobre sus propios actos dejándolos sin efecto. De ahí que no cualquier vicio de nulidad de pleno derecho permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ésta es sólo posible cuando concurra de modo acreditado un vicio de nulidad de pleno derecho (o de anulabilidad cualificada) de los legalmente previstos.

El vicio de nulidad previsto en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ("actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición"), e invocado en este caso, se interpreta muy estrictamente por el Consejo de Estado. Una aplicación en puridad de dicha categoría, de modo que permita darle significado y entidad propia por contraste con los supuestos de anulabilidad (artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), postula evitar un entendimiento amplio de los "requisitos esenciales" para la adquisición de facultades o derechos, pues de otro modo se llegaría fácilmente a una desnaturalización de las causas legales de invalidez.



Tal y como señala el Consejo de Estado en su Dictamen 1.393/1998, de 9 de septiembre, procede recordar el criterio riguroso que se viene aplicando para subsumir un caso en el supuesto del artículo 62.1.f), por cuanto una laxitud en cuya virtud se pudiera transitar desde el vicio de legalidad a la apreciación, por concurrencia, de la ausencia de un requisito esencial (entendido por tal el legalmente exigido), arrasaría la distinción entre grados de invalidez y atentaría gravemente contra la seguridad jurídica al permitir cuestionar, en cualquier momento, no sólo los actos incursos en un vicio de singular relevancia para el interés público concreto y para el genérico comprometido en la legalidad del actuar administrativo, sino todos los actos en los que una prescripción legal hubiera sido vulnerada o un requisito legal se hubiera desconocido. Así pues, se requiere no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales, es decir, relativos a la estructura definitoria del acto, para la adquisición de los derechos por su beneficiario.

En el presente caso, se considera que la infracción alegada constituye un vicio de anulabilidad -como se ha puesto de manifiesto por la Asesoría Jurídica en dos ocasiones, al inicio del procedimiento y al informar la propuesta de resolución-, ya que no se trata de un requisito esencial para la concesión de la comisión de servicios, sino del incumplimiento de un requisito necesario exigido por la norma para poder ocupar dicha plaza. Por tanto, no procede la revisión de oficio de la resolución que concede la comisión de servicios al amparo del motivo invocado por la Administración.

Este mismo criterio es el que parece desprenderse de la Sentencia de 10 de abril de 2013, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de xxx2, que anuló la resolución de revocación de la comisión de servicios, al haberse dictado "sin la declaración de lesividad y posterior impugnación ante la jurisdicción contenciosa, infringiendo de manera manifiesta el artículo 103 de la Ley 30/1992". Igualmente la Sentencia de 15 de julio de 2013, del Tribunal Superior de Justicia, que confirma la anterior sentencia, señala: "(...) por lo tanto este derecho a ocupar, aunque provisionalmente, un determinado puesto de trabajo que le otorga a la actora la resolución de [6] de julio de 2012, no puede ser obviado o anulado sin seguirse los procedimientos legalmente establecidos que no son otros que los previstos en los arts. 102 y 103 de la Ley 30/1992, sin que, en el presente supuesto, se haya seguido ninguno de ellos, que es lo que debió hacer la Administración si estimaba que, tras la comu-



nicación de la Junta de Extremadura, no era posible autorizar la comisión de servicios a la recurrente. Ninguno de estos procedimientos fue seguido por la Administración que, de hecho, en su resolución no cita ningún precepto a cuyo amparo llevar a cabo la revocación que se dispone”.

En virtud de lo expuesto, este Consejo Consultivo considera que el cauce adecuado para proceder a la anulación de la resolución por la que se concede la comisión de servicios objeto del presente dictamen es el de la declaración de lesividad, previsto en el artículo 103.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

III CONCLUSIONES

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

No procede declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución de 6 de julio de 2012, del Director General de la Función Pública, por la que se concede a Dña. xxxx una comisión de servicios para el desempeño de un puesto de trabajo de farmacéutica en el Centro de Salud de xxxx1, dependiente del Servicio Extremeño de Salud.

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