

Dictamen n^o: **56/09**
Consulta: **Consejera de Educación**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **28.01.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 28 de enero de 2009, sobre consulta formulada por la Consejera de Educación, al amparo del artículo 13.1.f).2º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, sobre revisión de oficio del acto administrativo de nombramiento a J.L.G.T., como profesor de enseñanza secundaria, en la especialidad de inglés, en el I.E.S. Las Encinas de Villanueva de la Cañada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 8 de enero de 2008 tuvo entrada en la oficina de registro de este Consejo Consultivo solicitud de la Consejera de Educación de dictamen preceptivo sobre revisión de oficio, del acto administrativo de nombramiento a J.L.G.T., como profesor de enseñanza secundaria, en la especialidad de inglés, en el I.E.S. Las Encinas de Villanueva de la Cañada.

Correspondió su estudio, por razón de la materia, a la Sección IV, presidida por la Excm.a Sra. Consejera Dña. Cristina Alberdi, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 28 de enero de 2009.

SEGUNDO.- Del expediente remitido resultan de interés para la emisión del presente dictamen los hechos que a continuación se relacionan:

1.- Mediante Resolución de 6 de abril de 2004, del Director General de Recursos Humanos se reguló la participación, composición, ordenación y prórroga de las listas de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores Técnicos de Formación Profesional, Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Profesores de Música y Artes Escénicas y Profesores y Maestros de Taller de Artes Plásticas y Diseño para el curso 2004/2005 (B.O.C.M. de 13 de abril).

2.- Por Resolución de 14 de abril de 2005, la Dirección del Área Territorial de Madrid-Oeste nombró, con efectos administrativos del 4 de abril de 2005, a J.L.G.T. profesor interino del Cuerpo de Enseñanza Secundaria, de la especialidad de inglés, en el I.E.S. Las Encinas de Villanueva de la Cañada. Con fecha 14 de septiembre de 2005 dicha Dirección de Área acordó el cese del referido profesor de la especialidad de inglés para ser nombrado con fecha 17 de septiembre de 2005 en otra especialidad.

3.- Analizado el expediente administrativo del interesado se constató que J.L.G.T. no debió ser nombrado Profesor interino del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, en la especialidad de inglés, por cuando, de acuerdo con la Resolución de 6 de abril de 2004, del Director General de Recursos Humanos, por la que se reguló la participación, composición, ordenación y prórroga de las listas de aspirantes a desempeñar puestos docentes en régimen de interinidad, la titulación alegada era una Licenciatura en Derecho, titulación no válida para la especialidad de Inglés y, en su defecto, tampoco cumplía el requisito de haber ejercido la docencia durante dos cursos académicos, al menos durante cinco meses y medio en cada uno de ellos, en la especialidad a la que se optaba.

TERCERO.- Con fecha 29 de febrero de 2008 se solicita por la Dirección de Área Territorial de Madrid-Capital el inicio del procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo de

nombramiento de J.L.G.T., como profesor de enseñanza secundaria, en la especialidad de inglés, en el I.E.S. Las Encinas de Villanueva de la Cañada, previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Dicho procedimiento de revisión se fundamenta en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, al tratarse, el acto objeto de revisión, de acto contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquieren unos derechos careciendo de los requisitos esenciales para ello.

CUARTO.- Consta en el presente expediente que con anterioridad se tramitaron otros expedientes (4/2006RO y 11/2006RO) con el mismo objeto y con informe favorable del Servicio Jurídico en la Consejería de Educación de fecha 15 de febrero de 2007, los cuales fueron archivados a los efectos de lo dispuesto en el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

QUINTO.- Mediante Orden de la Consejera de Educación nº 4924/2008, de 23 de octubre, se acordó el inicio del procedimiento de revisión de oficio solicitado. Se intenta su notificación en el domicilio del interesado por dos veces, publicándose de acuerdo con lo establecido en el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid la referida Orden de inicio del presente procedimiento de revisión de oficio, y concediendo un plazo de diez días para efectuar alegaciones.

SEXTO.- Se ha formulado propuesta de resolución favorable a declarar la nulidad del acto de fecha 26 de diciembre de 2008, por el que se nombraba a J.L.G.T. profesor interino del Cuerpo de Enseñanza Secundaria, de la especialidad de inglés, en el I.E.S. Las Encinas de Villanueva de la Cañada. Dicha nulidad deriva de la falta de titulación o, en

su defecto, de experiencia docente, del interesado para ser nombrado profesor interino para la especialidad de inglés, de acuerdo con la Resolución de 6 de abril de 2004, del Director General de Recursos Humanos se reguló la participación, composición, ordenación y prórroga de las listas de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores Técnicos de Formación Profesional, Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Profesores de Música y Artes Escénicas y Profesores y Maestros de Taller de Artes Plásticas y Diseño para el curso 2004/2005 (B.O.C.M. de 13 de abril).

SÉPTIMO.- El expediente completo se remite por la Consejera de Educación el 29 de diciembre de 2008, a efectos de solicitar dictamen.

A los anteriores hechos, le son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).2º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

Habiendo sido evacuado el dictamen dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- Como en todo procedimiento administrativo, aunque no lo diga expresamente el artículo 102.1 de la LRJAP se impone, y más en un caso como éste en que se revisa un acto declarativo de derechos- la audiencia del o de los interesados, trámite contemplado con carácter general en el artículo 84 de la LRJAP, que obliga a que, instruido el

procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se dé vista del expediente a los posibles interesados, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes en defensa de sus derechos.

En el presente caso, se observa que la notificación realizada al interesado no cumple las condiciones previstas en el artículo 59.2 LRJAP, toda vez que los dos intentos de notificación se han realizado con una diferencia de 4 días 30 de octubre de 2008 y 3 de noviembre de 2008 (los días 1 y 2 de noviembre eran festivos) pero en la misma hora, 18:15 horas el primer día y 18:00 el segundo.

El precepto que regula la notificación, el artículo 59.2 LRJAP dispone que *“si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación “...” se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres siguientes”*.

Resulta, pues, aplicable las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2004 (RJ 2004\6594) y 10 de noviembre de 2004 (RJ 2004\6889) según las cuales dictadas en sendos recursos de casación en interés de la ley se señala que el concepto indeterminado *“horas distintas”*, se ha de entender a los efectos de la notificación, las que se practican en distintas franjas horarias, como pueden ser, mañana, tarde, primeras horas de la mañana o de la tarde.

Este defecto en la práctica de la notificación del acuerdo incoador del procedimiento de revisión de oficio, genera indefensión y, abocaría, en su caso, a la declaración de nulidad del acuerdo revisor que se dictase, ex artículo 63.2 LRJAP.

A mayor abundamiento, el artículo 102.5 de la LRAP preceptúa que *“Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del*

plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo (...)”. Además, el artículo 42.5.c) de la LRJAP (en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) establece que *“El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos (...) c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o de distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.*

En el presente caso, la Orden 4924/2008 por la que se acuerda el inicio del procedimiento de revisión de oficio es de 23 de octubre de 2008, por lo que el plazo de caducidad, si no se hubiese comunicado al interesado la suspensión del plazo, sería el 23 de enero de 2009. El escrito de solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo de la Consejera de Educación remitiendo el expediente completo, tiene su entrada en el registro el 8 de enero de 2009, sin que se haya solicitado por el trámite de urgencia. En el expediente no consta la notificación al interesado de la comunicación de suspensión, limitándose a incorporar un escrito en el que se dice que *“con fecha 29 de diciembre de 2008, ha sido solicitado dictamen preceptivo al citado órgano consultivo. Durante el tiempo que medie entre la petición y la recepción del dictamen, que igualmente le será comunicada, el plazo de tres meses previsto para resolver el procedimiento quedará suspendido”*, con registro de salida de 2 de enero de 2009, pero sin constancia documental de la notificación.

Por tanto, debe concluirse, como ha acordado este Consejo Consultivo en su dictamen 209/08 que no se ha suspendido el plazo para evacuar dicho dictamen por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid,

dado que para que fuera de aplicación el plazo máximo suspensivo de tres meses que señala el artículo 42.5.c) de la LRJAP habría sido necesario que la solicitud de dicho dictamen se hubiese notificado al interesado. Por tanto, a la fecha de aprobación del presente informe por este Consejo Consultivo, ya habrán transcurrido tres meses desde la adopción del acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión de oficio -23 de octubre de 2008-, y el procedimiento habrá caducado.

Cabría, eso sí, y dado que la causa de nulidad puede invocarse en cualquier momento, como reza el artículo 102.1, la incoación de un nuevo expediente de revisión, si existiese causa suficiente para ello, extremo éste que se abordará en el apartado siguiente.

TERCERA.- El artículo 102.1 de la LRJAP permite la revisión de oficio de los actos administrativos que incurran en alguna de las causas de nulidad que se relacionan en el artículo 62.1 de la misma Ley. En concreto, de acuerdo con el apartado f) del referido precepto, serán nulos de pleno derecho *“los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquirieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”*.

Sin embargo, en el presente caso consta acreditado que J.L.G.T. no reunía el requisito de titulación o experiencia profesional exigido en la convocatoria. Como se recoge en la propuesta de resolución, el interesado alegó una Licenciatura en Derecho, titulación no válida para ser Profesor del Cuerpo de Enseñanza Secundaria, en la especialidad de Inglés, y que tampoco acreditó haber ejercido la docencia en la especialidad de inglés, durante dos cursos académicos al menos cinco meses y medio en cada uno de ellos, tal y como exigía la base segunda apartado 2 de la Resolución de 6 de abril de 2004. Se presenta, únicamente, certificado acreditativo de haber impartido la materia de inglés en el I.E.S. Duque de Rivas, del 19 de

octubre de 1989 hasta el 30 de septiembre de 1990, por tanto, de un solo curso académico y no dos, como se exige en la citada Resolución.

Es cierto que para entender concurrente el supuesto previsto en el artículo 62.1.f) no basta con que el acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino que además es necesario que en virtud de dicho acto el interesado adquiera facultades o derechos *"cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición"*.

En el presente caso, se considera que el acto cuya declaración de nulidad se pretende efectivamente ha provocado la adquisición de un derecho cuando se carece de uno de los presupuestos esenciales para su adquisición como es ostentar la titulación o experiencia docente (referida a la especialidad solicitada) exigida en la convocatoria. Este requisito es esencial, pues tiende a acreditar la preparación -en conexión con la concreta asignatura cuyas enseñanzas va a impartir- de la persona a la que va a asignársele, en régimen de interinidad, una vacante determinada.

Dicho esto, es preciso señalar que la revisión de oficio instada, consistente en la anulación del nombramiento como profesor interino en la especialidad de inglés desde el 4 de abril de 2005 hasta el 14 de septiembre de 2005, no tiene causa, pues el interesado fue cesado en su puesto, siendo nombrado el 17 de diciembre de 2005 como profesor por la especialidad de Organización y Gestión Comercial, para lo que sí tenía titulación. Por tanto, y de conformidad con el art. 106 LRJ-PAC, no tiene sentido revisar un acto de nombramiento cuando el interesado ya ha cesado en el puesto para el que fue irregularmente nombrado, sin que, tal y como resulta del expediente, la experiencia adquirida en dicho puesto, pueda ser alegada, pues no supera, el plazo de los 165 días exigidos por las convocatorias. Además, el error del nombramiento resulta imputable a la Administración, sin que pueda apreciarse mala fe por parte del interesado.

A la vista de todo lo anterior, este Consejo Consultivo formula las siguientes

CONCLUSIONES

1ª. A la fecha de aprobación del presente informe, el procedimiento de revisión de oficio ha caducado al no constar en el expediente que se ha notificado al interesado la suspensión del procedimiento para solicitar dictamen del presente Consejo.

2ª. En el procedimiento de revisión de oficio iniciado mediante Orden 4924/2008, de 23 de octubre, concurre la causa de nulidad de pleno derecho establecido en el artículo 62.1 f) de la LRJ-PAC, si bien no tiene causa, al haber cesado como profesor interino en la especialidad de inglés el 14 de septiembre de 2005.

El presente dictamen es vinculante.

Madrid, 28 de enero de 2009