



Dictamen nº 227/2010

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 22 de noviembre de 2010, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 2 de mayo de 2010, sobre revisión de oficio interpuesta por x. frente a órdenes dictadas en procesos selectivos de diversos cuerpos docentes (expte. 119/10), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Orden de 7 de abril de 2008, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, se convocan procesos selectivos para ingreso, acceso y adquisición de nuevas especialidades en los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Profesores Técnicos de Formación Profesional, Profesores de Música y Artes Escénicas y Profesores de Artes Plásticas y Diseño.

SEGUNDO.- El 15 de julio se publica la lista de calificaciones de la fase de oposición correspondiente al Cuerpo de Profesores de Música y Artes Escénicas, especialidad de Flamenco, constando como aspirante excluida x., por no haber realizado la totalidad de los ejercicios de la oposición.

De la lectura del expediente se desprende que el día en que habían de realizarse los ejercicios de la parte B3 de la fase de oposición, la aspirante se presentó ante el Tribunal aportando un documento (*"parte de consulta y hospitalización"*) firmado por un médico del Servicio Murciano de Salud, en el que se hace constar que aquélla se encuentra en avanzado estado de gestación (37 semanas/a término) y que se desaconseja totalmente el ejercicio físico, incluido el baile, por riesgo de desencadenar el parto. Solicita, en ese mismo acto, la adaptación del ejercicio práctico a sus condiciones, proponiendo realizar una exposición teórica

en lugar de dar una clase práctica con alumnos, a lo que el Tribunal contesta que carece de potestad para adaptar el ejercicio y la aspirante decide, dado su estado, no realizarlo.

TERCERO.- Contra la anterior resolución x. presenta reclamación que no obtiene respuesta favorable, publicándose el 22 de julio de 2008 la Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería consultante, por la que se hace pública la relación de aspirantes seleccionados. En ella consta, como única seleccionada en la especialidad de Flamenco, x.

CUARTO.- Interpuesto recurso de alzada contra dicha resolución por x., es parcialmente estimado por Orden de 2 de julio de 2009, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, que acuerda retrotraer el procedimiento selectivo para que la recurrente pueda realizar el segundo ejercicio de la parte B3, sea calificada e incluida en la lista de calificaciones de la fase de oposición. En caso de obtener una puntuación superior a cinco, continúa la resolución, se le concedería la posibilidad de presentar méritos, incluyéndola en la lista de baremación y, si su calificación global fuera superior a la obtenida por la última seleccionada, se procedería a su inclusión en la lista de seleccionados.

La Orden finaliza con un pie de recurso en el que se afirma que agota la vía administrativa, pudiendo ser impugnada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

QUINTO.- El 11 de diciembre de 2009, x. presenta solicitud de revisión de oficio de la referida Orden de 2 de julio, notificada el 23 de noviembre.

Tras enumerar las diversas vulneraciones de las bases reguladoras del procedimiento selectivo en que incurre el acto impugnado, considera la actora que ello determina su nulidad de pleno derecho *"en tanto en cuanto que la orden cuya revisión se solicita vulnera claramente el ordenamiento jurídico al conculcar las bases de la convocatoria contenidas en una disposición normativa: la Orden de 7 de abril de 2008"*. Trascribe a continuación los artículos 109, 102 y 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), resaltando en negrita, las letras a), f) y g) del apartado 1 del último de los preceptos citados.

Con carácter subsidiario, se solicita la declaración de lesividad de la Orden impugnada *"por cuanto la misma afecta al ejercicio de la profesión de un funcionario en ejercicio y, por consiguiente, perjudica claramente a la función pública e, incluso, afecta y podría perjudicar a*

Finalmente, y para el caso de desestimación de su solicitud de declaración de lesividad, presenta recurso de reposición frente a la misma Orden de 2 de julio de 2009.

Solicita, asimismo, la suspensión del acto recurrido.

SEXTO.- El 8 de enero de 2010, la recurrente reitera la solicitud de suspensión del acto recurrido y pide la suspensión de la Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos por la que se convoca a examen a x.

La parte del ejercicio B3 que le restaba por ejecutar se realiza el 8 de enero, siendo calificada por el Tribunal, si bien no se da publicidad a la indicada calificación.

SÉPTIMO.- Por Orden de 21 de enero de 2010, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, se suspende la ejecutividad de la Orden de 2 de julio de 2009 y se desestima la pretensión relativa a la suspensión de la convocatoria a la realización del ejercicio, al haber éste tenido lugar ya, si bien se acuerda no dar publicidad a la calificación obtenida por la aspirante hasta tanto se resuelva la solicitud de revisión de oficio, y subsidiarios declaración de lesividad y recurso de reposición.

OCTAVO.- Conferido trámite de audiencia, x. presenta, el 24 de abril, escrito de alegaciones oponiéndose a la revisión de oficio solicitada y demás pretensiones subsidiarias efectuadas por x.

NOVENO.- Con fecha 3 de mayo de 2010, el Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite informe-propuesta de inadmisión de las pretensiones deducidas por x.

Consta en el expediente un "borrador de propuesta de inadmisión a trámite" por la que, sobre la base del anterior informe, el Consejero de Educación, Formación y Empleo propone al Consejo de Gobierno la inadmisión de lo solicitado.

DÉCIMO.- Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 12 de mayo de 2010, en sentido favorable a la inadmisión de la declaración de lesividad y desfavorable a la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio, considerando procedente su desestimación.

El informe da cuenta de la interposición por la actora de recurso contencioso-administrativo frente a la resolución aquí impugnada, que se encuentra pendiente de resolución.

UNDÉCIMO.- Como consecuencia del indicado informe se elabora un nuevo borrador de propuesta al Consejo de Gobierno en el que se propone desestimar la revisión de oficio solicitada e inadmitir la subsidiaria declaración de lesividad.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 2 de mayo de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter y alcance del Dictamen.

El artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), declara el carácter preceptivo de nuestro Dictamen para la revisión de oficio de los actos administrativos en los casos previstos por las leyes, y el artículo 102.1 LPAC exige, como trámite necesario para declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos, el Dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

El supuesto sometido a consulta presenta la peculiaridad de que en un mismo escrito de solicitud la interesada formula tres pretensiones subsidiarias de diferente naturaleza y alcance, con exigencias procedimentales asimismo diversas. Entre éstas destaca la del Dictamen de este Órgano Consultivo, cuya preceptividad únicamente es predictable respecto de la revisión de oficio y no para las pretensiones subsidiarias de declaración de lesividad y recurso potestativo de reposición.

Atendidos los términos en los que se expresa la consulta, por la cual se somete a nuestra consideración la propuesta de desestimación de la revisión de oficio y de la declaración de lesividad instadas, a ambas cuestiones se ceñirá nuestro Dictamen, que será evacuado con carácter preceptivo únicamente respecto de la revisión, siendo facultativo para la declaración de lesividad.

Ello no obstante, ha de recordarse la obligación que pesa sobre la Administración de resolver expresamente todos los procedimientos iniciados (art. 42.1 LPAC), también, por tanto, el recurso potestativo de reposición formulado con carácter subsidiario respecto de las restantes pretensiones de la actora.

SEGUNDA.- Procedimiento y órgano competente para resolver.

1. Procedimiento.

Sin problemas en cuanto a plazo para el ejercicio de la acción y legitimación (salvo lo que más adelante se expresará respecto de la solicitud de declaración de lesividad), puede afirmarse que, en términos generales, y excepción hecha del plazo máximo para dictar resolución, se han seguido los trámites exigidos por las normas rectoras de este tipo de procedimientos. Ha de destacarse, no obstante, que el trámite de audiencia se ha limitado a x., sin que se le haya conferido a la actora, cabe entender que por no tenerse en cuenta en la propuesta de resolución otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las aducidas por ella, lo que es conforme con el artículo 84.3 LPAC, si se considera, como ya indicamos en nuestro Dictamen 51/2005, que dentro de tales conceptos (regulados en los artículos 79, 80 y 81 LPAC) no se incluyen los informes (regulados en los artículos 82 y 83), siempre, claro está, que éstos no aduzcan nuevos hechos y se limiten, como es nuestro caso, a realizar consideraciones jurídicas a partir de aquéllos, sobre cuya existencia no se suscita controversia alguna.

Cabe señalar, asimismo, que el expediente remitido al Consejo Jurídico carece del preceptivo extracto de secretaría, exigido por el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Órgano Consultivo, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, y que la propuesta de acuerdo del Consejo de Gobierno no está firmada por el Consejero proponente.

2. Órgano competente para resolver.

De conformidad con el artículo 33.1, letra a) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen jurídico de la Administración Pública de la Región de Murcia, es competente para resolver sobre la revisión de oficio y declaración de lesividad instadas el Consejo de Gobierno, al ser el acto objeto de impugnación una Orden del Consejero de Educación, Formación y Empleo.

TERCERA.- De la revisión de oficio: análisis de las causas de nulidad alegadas: inexistencia.

La revisión, por su propio perfil institucional, no puede ser utilizada como una vía subsidiaria a la de los recursos administrativos ordinarios alegando los mismos vicios que hubieran podido ser enjuiciados en tales recursos, pues, como insiste la doctrina, sólo son relevantes los de especial gravedad recogidos en la ley, en este caso, en el artículo 62 LPAC.

El carácter extraordinario ("cauce de utilización excepcional y de carácter *limitado*", según el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.380/98, de 8 de octubre) que es propio de los procedimientos de revisión de oficio, impone una interpretación estricta de las normas reguladoras de esta vía impugnatoria y de las causas de nulidad que habilitan su uso, pues en definitiva se trata de abrir un nuevo debate fuera de los cauces ordinarios.

Atendido tan extraordinario carácter, este Dictamen se contrae de forma estricta a la determinación de si en el supuesto sometido a consulta concurren tales causas, sin efectuar una valoración de la actuación administrativa desarrollada, más allá de lo que sea estrictamente necesario para determinar si se dan las circunstancias legales habilitantes para declarar la nulidad del acto administrativo impugnado.

Por otra parte, la excepcionalidad de esta institución y el carácter tasado de las causas en las que cabe sustentarla configuran una suerte de carga para el interesado que insta la nulidad, quien debe alegar la concurrencia de una o varias de tales causas en el acto objeto de la pretensión anulatoria, argumentando o razonando en qué medida y en atención a qué consideraciones el acto ha incurrido en tal o tales causas, no siendo suficiente a estos efectos una mera invocación *in genere* de existencia de nulidad. En el supuesto sometido a consulta es evidente que, cuando la actora se limita a resaltar tipográficamente (consignándola en negrita) la causa de nulidad alegada, no alcanza ese mínimo esfuerzo argumentativo exigible para poder incardinlar los hechos en alguno de los tasados supuestos legales de nulidad. Ciento es que de esta forma de alegar puede llegar a deducirse en cuál de ellos se basa, pero la insuficiencia del razonamiento jurídico en una acción tan excepcional como la ejercida, necesariamente redundará en una mayor dificultad de estimación, e incluso en su inadmisión,

al amparo del artículo 102.3 LPAC, en cuya virtud el órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar el presente Dictamen, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62, carezcan manifiestamente de fundamento o cuando se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

En el supuesto sometido a consulta, considera el Consejo Jurídico que cabía la posibilidad de declarar la inadmisión de la solicitud de revisión, toda vez que la mera invocación implícita de las causas de nulidad y la ausencia de una mínima argumentación jurídica que permita subsumir las infracciones de las bases reguladoras del procedimiento selectivo en alguna de las causas de nulidad, impiden apreciar un mínimo atisbo de prosperabilidad de la revisión solicitada, al no existir, siquiera de forma indiciaria, fundamento para ella. Y es que cabe advertir en la solicitud de revisión de oficio a que se contrae este Dictamen alguna de las circunstancias de inadmisión del artículo 102.3 LPAC, en la interpretación que de ellas hace la jurisprudencia, cuando señala que *"comprenden no sólo los casos en que no se citen las causas del indicado artículo 62.1 de la Ley 30/1992 o cuando el discurso argumental nada tiene que ver con las mismas, sino también aquéllos otros casos en los que aludiendo a las indicadas causas, su desarrollo resulta ajeno al contenido de las mismas por centrarse en causas de anulabilidad que debieron ser esgrimidas mediante los correspondientes recursos administrativos"* (STS, 3^a, de 27 de noviembre de 2009). La misma sentencia precisa que no es suficiente con la mención expresa de la causa de nulidad invocada, *"sino que el alegato que le sirve de soporte ha de ser el propio de una nulidad plena"*, y eso es precisamente lo que no ocurre en este caso, cuando para poder la Administración realizar una argumentación en términos de nulidad y discernir si concurren o no causas de nulidad, es necesario inferir o intentar deducir del escrito de solicitud qué derechos fundamentales se entienden vulnerados (artículo 62.1, letra a) LPAC), de qué requisitos esenciales se carece (62.1, letra f) o qué precepto legal específico prevé la nulidad del acto impugnado (62.1, letra g). Con ello no estamos excluyendo que la actuación del Tribunal Calificador incurriera en alguna irregularidad o contravención de las bases reguladoras del procedimiento, pero se trataría entonces de motivos de anulabilidad (artículo 63.1 LPAC) que no pueden ser corregidos por el estrecho cauce de la acción de nulidad regulada en el artículo 102 de la propia Ley, que exige un engarce entre las vulneraciones del ordenamiento alegadas y la posible concurrencia de una o varias causas de nulidad.

En cualquier caso, considerando que la inadmisión a *limine* de la solicitud se configura por la Ley como actuación meramente potestativa y que, en una interpretación quizás extensiva del principio *pro actione*, se ha tramitado por completo el procedimiento de revisión de oficio, proponiéndose su desestimación, se efectúa a continuación el correspondiente análisis sobre el fondo.

1. Actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

De las alegaciones de la interesada se infiere que considera el acto recurrido incurso en la causa de nulidad establecida en el artículo 62.1, letra a), pues vulnera el ordenamiento jurídico al contravenir las bases reguladoras del procedimiento selectivo, conculcándose sus derechos "*como titular de la plaza objeto de la oposición*". Esta alegación sólo se comprende si se conoce que la actora tomó posesión en la plaza convocada el 1 de septiembre de 2009.

Del catálogo de derechos y libertades que, de conformidad con el artículo 53.2 CE, son susceptibles de amparo constitucional -los del Título II de la Constitución, más el reconocido en su artículo 14 y la objeción de conciencia-, sólo cabe interpretar que la interesada podría llegar a considerar vulnerado el derecho reconocido en el artículo 23.2 CE a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

La interesada no efectúa, como debería, la necesaria argumentación que permita advertir en qué medida los hechos descritos en su solicitud vulneran el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, porque tal es el contenido del derecho, y no, como parece apuntar la actora, un genérico derecho de acceso a la función pública que pudiera verse defraudado por cualquier infracción de las normas que ordenan o regulan el ingreso en aquélla (Dictamen del Consejo Jurídico 102/2007). Si bien esta ausencia de precisión en el razonamiento jurídico podría bastar para desestimar la acción de nulidad ejercida por la interesada, útil será recordar el contenido del derecho fundamental en cuestión según la doctrina emanada del Tribunal Constitucional:

a) En primer lugar, nos encontramos ante un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas, con los requisitos que señalen las leyes. La preexistencia y predeterminación de las condiciones de acceso forma parte del derecho fundamental en cuanto constituye su soporte y puede ser aquí invocada cuando vaya indisolublemente unida a la posible vulneración de las condiciones materiales de igualdad, mérito y capacidad (STC 67/1996).

b) En segundo lugar, pero en inescindible conexión con lo anterior, nos hallamos ante un derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, lo que supone que las normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio (SSTC 193/1987, 47/1990 ó 353/1993), o de referencias individualizadas (STC 67/1989).

Esta igualdad que la ley ha de garantizar en el acceso a las funciones públicas tiene, por otra

parte, un contenido material que se traduce en la necesidad de que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad. De este modo, se produce una intersección del contenido del artículo 23.2 CE con el del artículo 103.3 CE, de manera que, como se ha venido afirmando desde la STC 50/1986, "aunque esta exigencia figura en el artículo 103.3 y no en el 23.2 de la Constitución, la necesaria relación recíproca entre ambos preceptos que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones necesarios para aspirar a los distintos cargos y funciones públicas, el artículo 23.2 de la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre españoles". A partir de aquí se ha proclamado reiteradamente el derecho fundamental a concurrir de acuerdo con unas bases adecuadas a los principios de mérito y capacidad, que deben inspirar el sistema de acceso y al margen de los cuales no es legítimo exigir requisito o condición alguna para dicho acceso (SSTC 67/1989, 27/1991, 365/1993, 60/1994, 185/1994 o 93/1995, entre otras muchas).

c) El derecho proclamado en el artículo 23.2 CE incorpora también el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley, de tal modo que, una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento. En todos los momentos del proceso selectivo, incluso al resolver las reclamaciones planteadas por alguno de los aspirantes, la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual. Las condiciones de igualdad a las que se refiere el artículo 23.2 CE se proyectan, por tanto, no sólo a las propias leyes sino también a su aplicación e interpretación (STC 10/1998, de 13 de enero).

No obstante, *"si bien el derecho fundamental del artículo 23.2 ha de conectarse ineludiblemente con la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases que regulan el procedimiento de acceso a la función pública (...) el artículo 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 CE, lo que de suyo exige, como asimismo se afirma, la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad. En otros términos, la conexión existente entre el artículo 23.2 CE y la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases no puede llevarse al extremo de que toda vulneración de las mismas (que normalmente supondrá una vulneración de los principios de mérito y capacidad que a través de las mismas se actúan) implique infracción del derecho fundamental, lo que sólo existirá cuando se produzca una diferencia de trato o, como en otros casos se ha sostenido, una quiebra relevante del procedimiento, que haría arbitraria la decisión que en esas condiciones se dictase (STC 73/1998, FJ 3º, que reitera la doctrina contenida en la número 115/1996)".*

La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto sometido a consulta, conduce a concluir que no se aprecia vulneración alguna del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (artículo 23.2 CE). En especial porque, como se ha dicho, este derecho fundamental no se extiende a la legalidad como tal en el desarrollo de todo el proceso selectivo -tanto en la predeterminación de las bases reguladoras, como de la interpretación y aplicación que de ellas se hace-, sino que es, precisamente, un derecho a la igualdad de las condiciones de acceso a la función pública. Para poder apreciar su quiebra habría requerido, en éste como en cualquier otro caso, el que, previa la aportación del correspondiente término de comparación, se hubiera alegado un trato discriminatorio en la interpretación o aplicación de las normas de acceso. No es suficiente, por tanto, para alcanzar la conclusión de que el derecho fundamental ha sido vulnerado el que se haya interpretado una determinada regla de acceso en un sentido favorable o desfavorable para una determinada aspirante. Por el contrario, para que la desigualdad pudiera ser apreciada, sería necesario que dicha interpretación no hubiera sido extendida a los demás opositores, lo que ni se sostiene ni puede afirmarse que aquí haya ocurrido.

En consecuencia, descartada la existencia de lesión o violación del derecho fundamental consagrado por el artículo 23.2 CE, y dado que el resto de infracciones del ordenamiento jurídico alegadas por la interesada no son reconducibles a una vulneración de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, no cabe entender presente en el supuesto sometido a consulta la causa de nulidad analizada.

2. Los 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.

El centro de gravedad de esta causa consiste en determinar, para cada supuesto, los requisitos esenciales, lo que debe ser interpretado de forma restrictiva, a fin de que no queden desnaturalizadas las causas legales de invalidez, alterando la regla general de que los actos contrarios al ordenamiento son anulables (Dictamen del Consejo de Estado nº. 3380/98, de 8 de septiembre). No deben confundirse los requisitos esenciales del acto con los necesarios, cuyo incumplimiento motivaría la anulabilidad del mismo (Dictamen del Consejo Jurídico 90/1999). Y es que, para la apreciación de esta causa de nulidad, se exige no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieran en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición (Dictamen del Consejo de Estado 916/2004), requiriéndose, además, que la indicada vulneración del ordenamiento consista, precisamente, en la carencia, en la persona que adquiere una facultad o derecho, de un requisito esencial de carácter subjetivo (Dictamen del Consejo de Estado 741/2004 y STSJ Castilla-La Mancha, de 24 de marzo de 2003), máxime cuando se trata del reconocimiento del derecho a la adaptación de un ejercicio de oposición a las condiciones personales de la aspirante.

La Orden cuestionada es un acto que se limita a resolver el recurso de alzada previamente interpuesto por una opositora, y a tal efecto analiza y considera las alegaciones deducidas en aquél, estimándolo parcialmente por las razones expresadas en la Orden. La imputación ahora deducida por la actora se refiere a diversas infracciones puntuales de las bases reguladoras de la convocatoria (singularmente a la forma, lugar y tiempo de solicitar la adaptación inicialmente negada por el Tribunal, decisión revisada por la Consejería consultante en la resolución impugnada) que, si bien podrían llegar a calificarse como requisitos necesarios para obtener tal adaptación, no demuestran la carencia en la x. de un requisito esencial subjetivo para ser beneficiaria de aquélla, pues no se discute por la actora que sus condiciones subjetivas en el momento del examen (aspirante con una importante limitación física derivada de su avanzado estado de gestación) podían ser merecedoras de tal adecuación (Base 6.8 de la Orden de convocatoria del procedimiento selectivo).

En consecuencia, aun admitiendo a efectos meramente dialécticos la posición de la actora en el sentido de que la Orden impugnada pudo incurrir en una infracción de las bases reguladoras de las pruebas cuando, desconociendo los requisitos de tiempo, lugar y forma que aquéllas exigían para la presentación de las solicitudes de adaptación, estima procedente la solicitada y ordena, en consecuencia, la retroacción del procedimiento selectivo para posibilitar a la aspirante excluida realizar el ejercicio, lo cierto es que dicha eventual vulneración del ordenamiento jurídico no afecta a las condiciones subjetivas esenciales para ser merecedora de la adaptación solicitada, en la estricta interpretación que demanda la causa de nulidad analizada, por lo que no cabe estimarla concurrente en la Orden recurrida.

3. Actos nulos por así establecerlo expresamente una disposición de rango legal.

Para poder apreciar esta causa de nulidad, norma de cierre de la enumeración efectuada por el artículo 62.1 LPAC, es necesario que una específica disposición de rango legal, distinta del referido precepto, sancione con la nulidad de pleno derecho una determinada vulneración del ordenamiento jurídico. En cualquier caso, corresponde a quien la esgrime identificar la concreta disposición legal en la que pretende ampararse.

No habiéndolo hecho así la interesada y no pudiendo deducirse del conjunto de sus alegaciones a qué concreta norma legal se refiere, procede desestimar esta alegación.

CUARTA.- La solicitud de declaración de lesividad de acto anulable: improcedencia.

De conformidad con el artículo 103.1 LPAC, las Administraciones Pùblicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La legitimación activa para iniciar el procedimiento de lesividad de un acto, como paso previo a la impugnación jurisdiccional, corresponde en exclusiva a la Administración autora del acto, careciendo de ella los particulares, quienes cuentan con las vías ordinarias de impugnación tanto en el ámbito administrativo, a través de los oportunos recursos, como en el judicial, mediante el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

Que el artículo 103 LPAC no establece una suerte de acción de anulabilidad, en términos similares a la acción de nulidad prevista en el artículo 102 de la misma Ley, es unánimemente proclamado por la doctrina y la jurisprudencia, que basan esta apreciación tanto en la dicción legal del precepto, que, a diferencia del 102.1 LPAC, no alude a la posibilidad de iniciación del procedimiento a solicitud del interesado, como en la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LPAC, según la cual se elimina la potestad revisora de los actos anulables por la propia Administración, obligándola a acudir a los Tribunales si quiere revisarlos previa su declaración como lesivos, "*eliminando también la posibilidad de que los ciudadanos utilizasen esta vía que había desnaturalizado por completo el régimen de los recursos administrativos*".

Es ilustrativa al respecto la STSJ Cataluña 462/2008, de 6 de junio, ante un supuesto similar al presente en que la actora opta por formular sus pretensiones a través de las vías extraordinarias de los artículos 102 y 103 LPAC, en lugar de acudir a los recursos ordinarios: "*El del artículo 102, nulidad, ya lo hemos desestimado. El del artículo 103, anulabilidad, deberá correr igual suerte ya que tras la reforma operada por la Ley 4/99 sobre aquella Ley 30/92, se suprimió del artículo 103, relativo a la revisión de actos anulables, la posibilidad de solicitud del interesado que antes existía. En consecuencia, la anulabilidad sólo puede ser planteada por los particulares a través de los recursos ordinarios, reservándose la vía del artículo 103 a la iniciativa propia de las Administraciones públicas. Se eliminó así la posibilidad de que los ciudadanos utilizasen una vía que, como indica la exposición de motivos de la Ley 4/99, había desnaturalizado por completo el régimen de los recursos administrativos*".

Careciendo de legitimación activa la actora para instar de la Administración la declaración de lesividad de la Orden impugnada, procede su inadmisión en este extremo.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Sin perjuicio de lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen acerca de la posibilidad de inadmitir la solicitud de revisión de oficio, se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la solicitud de revisión de oficio de actos nulos e inadmite la solicitud de declaración de lesividad de actos anulables formuladas por la actora, de conformidad con lo indicado en las Consideraciones Tercera y Cuarta de este Dictamen.

SEGUNDA.- Debe la Administración resolver de forma expresa el recurso potestativo de reposición formulado por la interesada con carácter subsidiario de las dos pretensiones revisorias a que se refiere la Conclusión Primera.

No obstante, V.E. resolverá.