



Consejo Jurídico de la Región de Murcia

Dictamen nº **123/2018**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 9 de mayo de 2018, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Secretaria General de la Consejería de Educación, Juventud y Deportes (por delegación de la Excm. Sra. Consejera), mediante oficio registrado el día 14 de marzo de 2018, sobre revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho en relación con el Visado de la Inspección de Educación al Certificado expedido el 30 de junio de 2010 por el Centro Privado Concertado "--" de Cartagena, acerca de los servicios prestados por x (expte. **54/18**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Orden de 5 de abril de 2010 se convocan procedimientos selectivos para ingreso, accesos 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, en el ámbito de gestión de esta Comunidad Autónoma, así como para la composición de las listas de interinos para el curso 2010-2011.

El sistema de selección es el concurso oposición, valorándose en la fase de concurso la experiencia docente previa de los candidatos. Conforme al baremo de méritos aplicable (Anexo XIV A) de la Orden de convocatoria, son méritos valorables en el procedimiento selectivo la experiencia docente en especialidades del mismo o distinto nivel educativo que el impartido por el Cuerpo al que opta el aspirante, tanto en centros públicos como privados debidamente autorizados.

x participa en el referido proceso selectivo de ingreso y acceso al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria por la especialidad de Orientación Educativa y aporta como mérito haber prestado servicios en el Centro privado concertado "--" de Cartagena en la especialidad "Orientación Educativa". A tal efecto y de conformidad con las normas que rigen el procedimiento selectivo, aporta una certificación de los servicios prestados en el centro suscrita por el Director del mismo, con la conformidad o visado de la Inspección de Educación.

De conformidad con la convocatoria, "para la expedición de estos certificados, la Inspección de Educación exigirá a los interesados la presentación de los siguientes documentos: original y copia del contrato de trabajo, en el que conste la fecha de toma de posesión y cese, así como el nivel educativo y la especialidad correspondiente a enseñanzas regladas autorizadas, junto con el informe de vida laboral expedido por la Tesorería General de la

El certificado expedido por el Director del centro concertado afirma que x presta servicios en el mismo desde el curso académico 2004-2005 hasta el momento de elaboración del certificado en el curso 2009-2010, en la especialidad "Orientación Educativa".

De los contratos y de la vida laboral aportados por el interesado se deduce que fue contratado por el centro para prestar servicios como "Psicólogo" en los cursos 2004-2005 y 2005-2006; como "Psicólogo no docente" en el curso 2006-2007; como "Orientador Educativo" en el curso 2007-2008; como "Profesor" en el curso 2008-2009; y como "Personal complementario titulado. Psicólogo de Infantil y Primaria" en el curso 2009-2010.

Dicho certificado fue visado por la Inspección de Educación, por lo que desde ese momento la experiencia docente previa podía considerarse acreditada a efectos del procedimiento selectivo.

SEGUNDO.- Con fecha 20 de julio de 2017, la Inspección de Educación elabora informe en el que manifiesta que el visado o conformidad de dicha unidad al certificado aportado por el interesado se consignó por error, pues no cabía considerar acreditada experiencia docente en la especialidad de "Orientación Educativa".

Apunta que, de conformidad con la normativa reguladora de los Equipos de Orientación Educativa y Psicopedagógica (Orden de 24 de noviembre de 2006, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se dictan instrucciones para el funcionamiento de estos equipos), la función de orientación en las etapas de Educación Infantil y Educación Primaria es responsabilidad de dichos equipos, y así ocurrió con el Centro "--" de Cartagena, pues según informe de la Subdirección General de Innovación Educativa y Atención a la diversidad de 27 de junio de 2016, desde el curso académico 2004-2005 al 2009-2010, todas las actuaciones de Orientación Educativa en las etapas indicadas de dicho centro fueron llevadas a cabo por el Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica núm. 2 de Cartagena, en el que no se encontraba integrado x.

Respecto de la Orientación Educativa en la Educación Secundaria y conforme al reglamento orgánico de los Institutos de Educación Secundaria, afirma la Inspección que es asumida por los Departamentos o Unidades de Orientación de cada centro educativo y, en el caso de los concertados, *"los docentes que desarrollan orientación educativa son contratados al efecto y contemplados dentro de la gestión del correspondiente expediente de concierto educativo suscrito por los centros"*. En el Centro "--" de Cartagena, dicha función es asumida por un profesor que no es x, según consta en informe de la Dirección General de Centros Educativos de 5 de julio de 2016, que apunta que ese otro profesor que realiza tales funciones de orientación durante el período contemplado en el certificado aportado por x, se encuentra en situación de alta como orientador.

La conclusión a la que llega la Inspección de Educación es que x fue contratado por el centro privado concertado "--" para desempeñar otras funciones no relacionadas con la impartición de las enseñanzas reguladas por el artículo 3 de la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, ya que estas funciones las tenía asignadas otro docente.

Informa, asimismo, la Inspección de Educación que x participó en un nuevo procedimiento selectivo en el año

2015, en el que presentó sendos certificados de experiencia docente que no fueron visados por la Inspección. Como consecuencia, no se consideró acreditada la experiencia docente alegada y no se le otorgó puntuación alguna por dicho mérito en la Resolución de 22 de julio de 2015, de la Dirección General de Planificación Educativa y Recursos Humanos, por la que se hace pública la lista definitiva de aspirantes que cumplen los requisitos de la base 23 de la Orden de 13 de marzo de 2015, para la ordenación de las listas de interinidad para el curso 2015-2016.

Frente a dicha resolución x presenta recurso de alzada en el que alega que la experiencia alegada ya le había sido valorada en la convocatoria de oposición de 2010, por lo que había de valorársele en este nuevo procedimiento selectivo. Y, en efecto, la Resolución de la Dirección General de Planificación Educativa y Recursos Humanos de 25 de mayo de 2015, por la que se fijan el procedimiento, los plazos y los documentos necesarios para la elaboración de las listas de interinos que hayan de confeccionarse a partir del procedimiento selectivo convocado por Orden de 13 de marzo de 2015, establece que *"las certificaciones validadas por la Inspección de Educación en anteriores procedimientos, no necesitarán ser visadas de nuevo y serán tenidas en cuenta en la baremación"* (apartado octavo de la Resolución).

En atención a dicha regulación y aunque tanto la Dirección General de Planificación Educativa como la Inspección de Educación informaron que debía desestimarse el recurso y que había de dejarse sin efecto el certificado de 2010 sobre servicios prestados en el centro concertado, respectivamente, el recurso fue finalmente estimado en parte al considerar la propuesta del Servicio Jurídico de la Consejería que el referido certificado seguiría produciendo efectos *"mientras no se vea privado de su validez a través de la sustanciación y resolución del pertinente procedimiento de revisión de oficio"*.

TERCERO.- Con fecha 5 de octubre de 2017 y con fundamento en el informe inspector de 20 de julio anterior, reseñado en el Antecedente Segundo de este Dictamen, se acuerda iniciar procedimiento de revisión de oficio del certificado emitido el 30 de junio de 2010 por la Dirección del centro privado concertado "--", de Cartagena, visado erróneamente por la Inspección de Educación, relativo a la experiencia docente previa de x, en la impartición de las enseñanzas reguladas por el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

CUARTO.- Por el instructor del procedimiento se recaba informe de la Dirección del centro educativo acerca de los servicios prestados por x entre el día 1 de septiembre de 2004 y el 3 de mayo de 2010 y, en particular, si la función desarrollada fue efectivamente la de orientador, en qué grado de enseñanza y por qué no figuraba este trabajador ni en el Equipo de Orientación Educativa y Pedagógica núm. 2 de Cartagena, ni en la gestión del concierto.

El informe (autodenominado "certificado") de la Directora de Educación Infantil y Primaria del Centro concertado es del siguiente tenor literal:

"Que x prestó en el Colegio Narval sus servicios como Orientador en las etapas de Infantil y Primaria (Gabinete Psicopedagógico privado), desde el 1 de septiembre de 2004 hasta el 3 de mayo de 2010, fuera de concierto educativo".

QUINTO.- Conferido trámite de audiencia al interesado, comparece y retira copia de diversa documentación, si bien no consta que llegara a presentar alegaciones.

SEXTO.- Con fecha 29 de enero de 2018 se formula propuesta de resolución en sentido favorable a la declaración de nulidad de pleno derecho de la conformidad otorgada por la Inspección de Educación al certificado expedido por el centro concertado, al considerarlo incurso en la causa de nulidad establecida por el artículo 47.1 letra f), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). A tal efecto, considera que los servicios prestados por x en el centro educativo durante el período comprendido en el certificado no serían incardinables en la labor docente de orientación educativa, por lo que carecería de los requisitos para su reconocimiento.

Considera, asimismo, que en la medida en que la certificación y el visado de la Inspección extienden sus efectos en el tiempo, en atención a la norma que prevé que los certificados validados por la Inspección en anteriores procedimientos selectivos no habrán de someterse de nuevo a la conformidad inspectora, no concurren los límites a las facultades revisoras establecidos por el artículo 110 LPACAP.

SÉPTIMO.- Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se evacua el 28 de febrero de 2018 en sentido favorable a la propuesta anulatoria.

Considera la Dirección de los Servicios Jurídicos que aunque el expediente versa sobre la nulidad del visado otorgado por la inspección al certificado del centro privado, en realidad lo que ha de analizarse es la nulidad originaria del certificado, que conlleva la del proceso de validación inspectora, pues en definitiva lo que ha de determinarse es si el certificado reúne los requisitos de validez o si es radicalmente nulo. Y a tal efecto, analiza si la actividad desarrollada por x puede considerarse como función docente o no, de modo que una respuesta negativa a dicha cuestión alumbraría la ausencia de requisitos esenciales para el reconocimiento de la labor docente como orientador educativo.

Concluye el informe que en la medida en que la orientación educativa en las etapas de infantil y primaria está asignada a los Equipos de Orientación y Educación Pedagógica, de los que no formaba parte x, éste carecía de competencia para el desarrollo de tales funciones orientadoras, por lo que no pudo haber realizado la labor orientadora a valorar como experiencia docente en los correspondientes procesos selectivos. En consecuencia, estima que el visado o conformidad de la Inspección es nulo, pero no "per se", sino por confirmar o convalidar un documento que reconoce unos servicios docentes que no pueden ser reconocidos al no ser x competente para prestarlos.

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 14 de marzo de 2018.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106.1 LPACAP en relación con el 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), al versar sobre la propuesta de resolución de un procedimiento para la declaración de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo.

SEGUNDA.- Competencia material y procedimiento.

I. Requisito temporal.

El acto administrativo cuya revisión se pretende consiste en el visado o conformidad que la Inspección de Educación extiende en el año 2010 sobre un certificado evacuado por la dirección de un centro concertado para acreditar la experiencia docente de un trabajador de dicho centro a efectos de su consideración como mérito en un procedimiento selectivo para el ingreso en Cuerpos docentes.

De apreciarse motivo de nulidad, no existe límite temporal para la resolución del procedimiento, ya que la declaración de revisión de oficio puede efectuarse en cualquier momento (artículo 106.1 LPACAP), sin perjuicio de la obligada modulación que de tan tajante afirmación impone el artículo 110 del mismo texto legal, al señalar, como límite a las facultades revisorias de la Administración el "tiempo transcurrido", que pudiera convertir el ejercicio de aquéllas en contrario a la equidad y a la buena fe.

Como ya señalamos en anteriores Dictámenes (por todos, los núm. 224/2016 y 164/2017), a pesar del tiempo transcurrido desde el dictado del acto cuya revisión de oficio se pretende, no cabe apreciar que concurra el límite establecido por el indicado artículo 110 LPACAP (antes 106 LPAC), toda vez que dicho acto extiende sus efectos, al menos en potencia, hasta la actualidad. Y es que, de no procederse a declarar su nulidad, x podría continuar beneficiándose en futuros nombramientos de personal interino de una puntuación adicional por los servicios indebidamente certificados, toda vez que la regulación de los procedimientos selectivos al efecto disponen que las certificaciones ya validadas por la Inspección en anteriores procedimientos no necesitarán ser visadas de nuevo y serán tenidas en cuenta a efectos de baremación.

II. Competencia.

La Consejera de Educación, Juventud y Deportes es competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio, conforme a lo establecido en los artículos 16.2, letra g) y 33.1, letra b) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

III. Procedimiento.

La revisión de oficio se ha incoado por iniciativa propia de la Administración, como permite el artículo 106.1 LPACAP, y consta en el expediente la cumplimentación de los trámites esenciales de este tipo de procedimientos, pues se ha dado audiencia al interesado y se han recabado los informes preceptivos, singularmente el de la Dirección de los Servicios Jurídicos y el presente Dictamen.

No obstante, entiende el Consejo Jurídico que cuando se recaba el informe de la Dirección del centro para acreditar la realidad de las funciones desarrolladas por x, debió inquirirse acerca del detalle de las mismas, no siendo suficiente la lacónica contestación ofrecida por el centro que aludía a la prestación de servicios como "Orientador" en Infantil y Primaria, máxime cuando en otros certificados del mismo centro también obrantes en el expediente se consigna que en el mismo período el trabajador impartió enseñanzas de Educación Secundaria Obligatoria (folio 33), aun cuando los contratos de trabajo que suscribió en algunos de los cursos académicos concernidos lo eran como Psicólogo o como "Psicólogo no docente".

TERCERA.- El acto que se pretende revisar y su inadecuación para ser declarado nulo por la causa esgrimida.

Conviene ya anticipar que la peculiar naturaleza del acto que es objeto del procedimiento de revisión lo hace inidóneo para ser declarado nulo por la causa establecida por el artículo 47.1, letra f) LPACAP.

En efecto, la actuación administrativa cuya nulidad se quiere declarar es la que realiza la Inspección de Educación sobre la base de un certificado expedido por la dirección de un centro educativo privado y que consiste en dar su conformidad a lo certificado, complementando de esta forma la fuerza acreditativa del documento de origen meramente privado con un visado público u oficial que otorga plena fuerza probatoria a los extremos certificados en orden a su valoración como mérito en los procedimientos selectivos para ingreso en la Función Pública docente o para acceder a nombramientos interinos como docente.

Supone, en definitiva, la conversión de un certificado privado en un certificado oficial a los limitados efectos para los que aquél se expide. Su naturaleza y finalidad, por tanto, no son sustancialmente diferentes de las de un certificado, pues lo que viene a significar el visado de la Inspección extendido sobre el documento del centro concertado es que su contenido se ajusta a la realidad una vez efectuadas las oportunas comprobaciones sobre la documentación que ha de aportarse al efecto (informe de vida laboral y contratos de trabajo).

En cualquier caso, ni el certificado ni la conformidad de la Inspección son declaraciones de voluntad generadoras de situaciones jurídicas individualizadas para el aspirante, pues no hacen nacer en él obligaciones ni derechos, sino que constituyen meras declaraciones de conocimiento de una determinada realidad, la de los servicios prestados por aquél. Esta caracterización, por supuesto, no excluye que el acto sobre el que versa la consulta no pueda considerarse como administrativo, pues es sobradamente conocido que su concepto no se restringe únicamente a la declaración de voluntad, sino que dogmáticamente también se incluyen en él las declaraciones de deseo, conocimiento o juicio.

Como señala la STSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2ª), núm. 335/2007, de 7 mayo, *"el certificado contiene una manifestación de conocimiento, de constatación de la realidad que se contrasta, que dota de una especial fuerza a su contenido, derivado de su carácter de documento público. Aunque ni el resultado*

de una consulta urbanística, ni un certificado, crean situaciones jurídicas no preexistentes, y no son ejecutivos". Y aunque, efectivamente, la actuación certificadora no es generadora en sí misma de situaciones jurídicas, sino que se limita a constatar la existencia de actos, acuerdos, hechos o estados de cosas preexistentes y constatables, lo cierto es que esa constatación documentada tiene relevancia en sí misma, por la fuerza probatoria que se reconoce a los documentos públicos. Como, por otra parte, el certificado no afecta a la validez intrínseca del hecho, acto o acuerdo que se certifica, pues aquél puede contener errores o resultar incompleto o haber sido expedido por quien carecía de competencia para ello, si se quiere eliminar ese valor acreditativo del certificado habrá de acudir a las vías de corrección de errores o, en su caso, de privación de efectos de tales certificados que ofrece el ordenamiento.

Sin embargo, la vía elegida por la Consejería consultante no es adecuada, como de forma categórica señala la referida sentencia, cuando afirma que *"la parte se dirigió al Ayuntamiento interesando la "revisión de oficio" del certificado expedido por el Sr. Secretario-Interventor, con base en el art. 102 en relación con el art. 62.1.f de la Ley 30/1992 (f) Los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición). Este precepto en ningún caso hubiera podido sostener una acción de nulidad dirigida contra un "certificado", puesto que, como hemos indicado, aun reconociendo el carácter de acto administrativo de un certificado, el mismo no es decisorio, ni otorga ni confiere derechos o facultades. Por lo tanto, la acción ejercitada resultaba manifiestamente carente de fundamento, por lo que la decisión municipal de inadmisión a trámite resulta ajustada a derecho"*.

Alcanzada esta conclusión, procede dictaminar de forma desfavorable la propuesta de revisión de oficio formulada, pues en todo caso, el objeto del procedimiento revisor no habría de ser el certificado o el visado inspector que dota al documento privado de plenitud de efectos probatorios, sino el acto administrativo que, para x, pone fin al procedimiento selectivo en el que aportó el certificado cuya validez se discute, en la medida en que el mismo ya sí supone el reconocimiento de un verdadero derecho al interesado para su nombramiento como funcionario docente y ya lo sea como de carrera o interino.

Al respecto ha de señalarse que del expediente no se desprende cuál fue el resultado del procedimiento selectivo para x, pues si bien parece deducirse que en el de 2010 no obtuvo un nombramiento como funcionario de carrera en la medida en que en el procedimiento convocado en el año 2015 volvió a concurrir a la selección, tampoco se sabe si obtuvo algún nombramiento como interino derivado de su inclusión en alguna de las listas de espera generadas a resultas del indicado procedimiento ni si dichas listas continúan vigentes en la actualidad.

En cualquier caso, y como se razona en la Consideración Cuarta de este Dictamen entiende el Consejo Jurídico que tampoco cabría amparar una revisión de oficio de dichos actos en la causa de nulidad invocada.

CUARTA.- De la causa de nulidad invocada: actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

I. La doctrina de los órganos consultivos, y en particular la del Consejo de Estado, que antes incluso de su positivización en el artículo 62.1 LPAC ya abogó en sus Dictámenes por la incorporación de este motivo o circunstancia al tasado grupo de las causas de nulidad de pleno derecho, propugna una interpretación del mismo especialmente estricta en orden a evitar el riesgo de que una interpretación amplia -dada su potencial "vis expansiva"- pudiera provocar una desnaturalización del régimen mismo de la invalidez de los actos administrativos (por todos, Dictamen 2407/2002).

Esta causa de nulidad tiene su centro de gravedad en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales del acto, cuestión ésta que sólo puede resolverse caso por caso, como ha manifestado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, Dictamen núm. 118/11).

Profundizando en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales de los que debe carecer el afectado para la aplicación de tal supuesto, la doctrina del Consejo de Estado ha señalado que *"para que el vicio se produzca no resulta suficiente una vulneración objetiva del ordenamiento, con independencia de la gravedad que revista, sino que es preciso que esta vulneración consista precisamente en la carencia en la persona que adquiere una facultad o un derecho de un requisito esencial de carácter subjetivo"* (Dictamen del Consejo de Estado núm. 1530/2002).

Siguiendo la línea doctrinal del Consejo de Estado, en el Dictamen 200/2002 de este Consejo Jurídico expresamos que aquel Alto Órgano Consultivo entiende que, a estos efectos, esencialidad es *"lo que verdaderamente es inherente, estructural del acto"* (Dictamen de 25 de marzo de 1999). Y, ahondando en su exégesis, afirma que *"la noción de requisitos esenciales para la adquisición de derechos o facultades a que se refiere el precepto legal incluye, de una parte, los presupuestos de los actos y, de otra los requisitos de los actos. Presupuestos son las circunstancias de orden fáctico o jurídico que, siendo independientes, anteriores y externos al acto mismo, deben concurrir para que también sea posible y eficaz. Sin los presupuestos legales, el acto carece de sustento y fundamento de razón de ser, precisamente por faltar aquéllos"* (Dictamen de 4 de noviembre de 1999).

La Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, en su Dictamen 11/2009, señala que ello ocurre cuando el contenido de la resolución que ampara nuevas situaciones o derechos se fundamenta en hechos o requisitos inexistentes o inadecuados para dar lugar a esta adquisición de posiciones, y que la esencialidad de los requisitos se encuentra en la función determinante para dar lugar al nacimiento de los derechos o de las situaciones mencionadas, teniendo presentes los supuestos de hecho que, en cada caso, tienen que concurrir necesariamente en el sujeto, de acuerdo con la normativa aplicable.

Quiere decirse, pues, que lo decisivo en la interpretación del artículo 62.1.f) LPAC y hoy 47.1, f) LPACAP es la trascendencia del presupuesto o requisito, fáctico o jurídico, exigido por la norma sectorial aplicable, lo que exigirá realizar un *"juicio de relevancia"* del mismo, tomando como elementos de dicho juicio el contexto jurídico en que el acto se enmarca y atendiendo a la finalidad del requisito en cuestión y su incidencia en la finalidad del acto en sí. Ello requerirá poner en relación la trascendencia de la carencia del requisito con el fin público perseguido con su exigencia.

II. Desde esta perspectiva, ha de considerarse si la experiencia docente que se pretendía acreditar con el certificado es un requisito para el nombramiento funcional, lo cual ya puede anticiparse que no es así, pues la experiencia se configura en las convocatorias de los procedimientos selectivos como un mero mérito, no como requisito. En cualquier caso, cabe recordar que, como dijimos en nuestro Dictamen 284/2012, aunque no es posible determinar *a priori* y para todos los casos cuándo debe entenderse que un requisito es esencial (Dictamen del Consejo de Estado 402/2010), en el ámbito del acceso a la función pública los requisitos que, además de necesarios, suelen calificarse de esenciales a efectos de declarar la nulidad del acto adquisitivo de derechos son aquellos de orden subjetivo, anteriores y externos al nombramiento en sí mismo considerado y que afectan a la aptitud o capacidad personal y profesional para el desempeño de la función, siendo clásica en la jurisprudencia y en la doctrina de los órganos consultivos (por todos, Dictamen del Consejo de Estado 351/1996) la referencia al requisito de titulación y habilitación profesional (STSJ Cataluña 421/2016, de 14 de junio) o a las condiciones

Ahora bien, dado el carácter nuclear que los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad ostentan en el sistema de acceso al empleo público y que la predeterminación en las bases de los procedimientos selectivos de los méritos a valorar en ellos constituye una garantía fundamental del cumplimiento de los indicados principios, cabría en hipótesis considerar que la valoración de un mérito de un aspirante cuando de forma manifiesta carece de él podría llegar a integrar la causa de nulidad objeto de análisis, en la medida en que podría adquirirse una facultad o derecho (el nombramiento como funcionario o la inclusión en una lista de espera en un determinado número de orden para su llamamiento y nombramiento posterior como interino), careciendo de un requisito esencial para ello.

III. Desde este planteamiento y una vez descartado que la experiencia docente sea un requisito, y mucho menos esencial, para el acceso a la función pública docente, han de plantearse y resolverse otras dos cuestiones: a) en primer lugar, si la realización de funciones de orientación educativa en un centro de enseñanza es un requisito esencial para el reconocimiento del mérito de experiencia docente en el acceso a la correspondiente especialidad del Cuerpo de Profesores de Educación Secundaria; y b), en segundo lugar, si el interesado realizó funciones de orientación educativa en el centro concertado que pudieran ser consideradas como integrantes del concepto de experiencia docente. Respecto de esta segunda cuestión y dado el carácter estricto que demanda la aplicación de la causa de nulidad establecida en el artículo 47.1, letra f) LPACAP, será preciso que quien pretende la nulidad -en este caso la Administración- acredite de forma clara e indubitada la no realización de funciones susceptibles de integrar el mérito cuestionado.

a) En cuanto a la primera cuestión, el baremo configura como mérito a valorar en el procedimiento selectivo la experiencia docente en especialidades tanto del mismo nivel educativo que el impartido por el cuerpo al que opta el aspirante (Enseñanza Secundaria) como en niveles distintos (Infantil o Primaria), y ya sea en centros públicos o en centros educativos privados autorizados (Anexo XIV A de la Orden de convocatoria). De donde se deduce que si el mérito se configura por referencia a la experiencia, el presupuesto fáctico necesario para la valoración del mérito es la efectiva realización de las funciones que componen dicha experiencia.

Y ello porque la eventual ausencia de dichos servicios en la prestación laboral del aspirante afecta decisivamente a la estructura del acto administrativo de reconocimiento que en ellos se funda, y le priva de su sentido y finalidad. En otras palabras, carece de toda lógica y, en consecuencia, no resulta en ningún modo admisible la valoración de un mérito cuya finalidad es reconocer que quien ha prestado servicios docentes desarrollando las mismas funciones que las del Cuerpo a cuyo acceso se aspira ha adquirido una valiosa experiencia que ha de ser computada, cuando no se han llegado a prestar esos servicios y sin haber adquirido, en consecuencia, la experiencia docente prevista en el baremo.

b) Para la determinación de la segunda de las incógnitas a despejar, es decir, si el interesado llegó a realizar funciones incardinables en el concepto de experiencia docente en la especialidad de Orientación Educativa, habrá de estarse a la realidad de las labores que desempeñó durante el período objeto de la certificación y en qué medida aquéllas pueden considerarse incluidas o integrantes del concepto "experiencia docente". Y es que si se concluye que las tareas realizadas en el centro educativo en modo alguno pueden ser conceptuadas como experiencia docente, podría llegar a considerarse que su valoración en la fase de concurso equivaldría al reconocimiento de un mérito y, por extensión, del derecho a un nombramiento funcional o a ocupar un determinado número de orden en la correspondiente lista de espera, sin que el interesado llegara a reunir los requisitos esenciales para su adquisición, pues en la terminología de la doctrina jurisprudencial y consultiva antes expuesta, carecería de los presupuestos fácticos necesarios para ello: no puede reconocerse un mérito a quien carece absolutamente de él, máxime cuando su valoración en el procedimiento selectivo opera en detrimento de

otros aspirantes que sí hubieran realizado tales funciones y que pudieran verse desplazados por el aspirante a quien se hubiera asignado una determinada puntuación por la prestación de unos servicios docentes absolutamente inexistentes.

En este sentido se expresa la STSJ Aragón núm. 499/2016, de 21 de noviembre, al analizar la revisión de oficio acordada por la Administración educativa de dicha Comunidad Autónoma respecto de la resolución que puso fin a un procedimiento selectivo en el que se habían valorado a un aspirante unos determinados certificados de experiencia docente que precisando del visado de la Inspección de Educación no lo habían obtenido. Dirá la Sentencia que *"Respecto de si fue correcto el proceso de revisión de oficio seguido por la Administración demandada para rectificar el error cometido, debe considerarse que tal error era de carácter esencial, ya que, de mantenerse, se habría dado lugar a que la demandante fuera nombrada funcionaria en directo perjuicio del aspirante a quien correspondía tal nombramiento. Y tal resultado afectaba, de modo sustancial al fin y regulación de la convocatoria de que se trataba, que pretendía cubrir las plazas de funcionarios en atención, en lo que ahora interesa, a los principios legalmente ordenados de mérito y capacidad. De modo que el error en cuestión generaba en el acto administrativo equivocado la nulidad derivada de la falta de requisito esencial para que la interesada pudiera acceder a la condición de funcionaria, prevista en el artículo 62.1.f) de la Ley de Régimen Jurídico 30/1992, de 26 de noviembre, tal y como estimó la Orden recurrida"*.

Sin perjuicio del aspecto exclusivamente formal del vicio que esta resolución judicial aprecia en la resolución sometida a revisión, su *ratio decidendi* descansa en la apreciación de que la carencia del visado de la Inspección convierte los certificados aportados al efecto de acreditar la experiencia docente en absolutamente inoperantes, por lo que considera que la omisión del trámite inspector equivale a la ausencia de certificado y, en consecuencia, la valoración realizada por la Administración de un mérito que carece de soporte fáctico para ello y que deriva en la adquisición de la condición de funcionario por parte de quien pretende servirse de unos certificados insuficientes, equivale al reconocimiento de un derecho a quien carece de los requisitos esenciales para ello.

En el supuesto ahora sometido a consulta, sin embargo, el certificado en cuestión sí reúne los requisitos formales exigidos por las bases del procedimiento selectivo, pues sí obtuvo la conformidad de la Inspección, si bien la propia Inspección reconoce a posteriori que no debió otorgarla. Se impone, entonces, un análisis material del contenido del certificado a la luz del expediente para determinar si del mismo puede deducirse la absoluta carencia de experiencia docente en el interesado o si, por el contrario, cabe entender que las funciones que desempeñó en el centro concertado fueron equivalentes, similares o próximas a las que desarrollan los profesionales que tienen formalmente atribuida la labor de orientación educativa en los centros docentes.

Y es que en la interpretación estricta que demanda la apreciación de la causa de nulidad establecida por el artículo 47.1, letra f) LPACAP ha de atenderse a la realidad subyacente en el certificado, trascendiendo de la calificación que a las funciones desarrolladas por el interesado le dio la dirección del centro, considerando que si del expediente puede deducirse que x realizó funciones materialmente docentes o próximas a éstas, no sería apreciable el vicio de nulidad esgrimido por la propuesta de resolución. Así lo ha sostenido el Consejo de Estado al pronunciarse sobre el concepto de función pública docente en diversos procedimientos de revisión de oficio del reconocimiento de sexenios, en los cuales el desempeño de esas labores docentes se considera como requisito esencial para dicho reconocimiento (entre otros, el Dictamen 3432/2002). Este Dictamen del Consejo de Estado, a su vez, se alinea con la doctrina del Alto Cuerpo Consultivo que propugna que, junto a la esencialidad de la falta del requisito, o como peculiar manifestación de ella, la nulidad sólo procederá cuando la ausencia del requisito sea evidente o manifiesta. Así, y como manifestación expresa y sintética de esta idea, el Dictamen 3491/1999, afirmará que *"el legislador ha querido acotar este supuesto de nulidad radical a aquellos casos extremos en los que no simplemente se discuta sobre la eventual ilegalidad de un acto administrativo, sino que además se aprecie falta grave y notoria del presupuesto indispensable para adquirir lo que el acto indebidamente reconoció u otorgó"*.

En el supuesto sometido a consulta, la especialidad del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria a la que pretende acceder x y respecto de la que se le certifica experiencia docente es la de Orientación Educativa. A diferencia de otras especialidades, en las que la labor docente en su acepción más clásica de impartición de unas materias o asignaturas es fácilmente reconocible, la función docente en la especialidad Orientación Educativa, tiene una naturaleza transversal, pues implica múltiples labores de colaboración y asesoramiento al profesorado y al centro en los procesos de elaboración, desarrollo, aplicación, evaluación y revisión del Proyecto Educativo y de los Proyectos Curriculares de Etapa; en la adecuación de objetivos generales, adopción de criterios, aplicación y decisiones referentes a metodología, organización, evaluación y promoción del alumnado; y en el tratamiento flexible y diferenciado de la diversidad de aptitudes, intereses y motivaciones de los alumnos, colaborando en la adopción de medidas educativas oportunas.

Además de atender las demandas de evaluación psicopedagógica de los alumnos, identificando las necesidades educativas especiales de los alumnos, la labor docente en Orientación Educativa conlleva actuar en la prevención de dificultades de aprendizaje y en la compensación de desigualdades; colaborar con el profesorado del centro, asesorándolo, en la planificación, puesta en marcha y seguimiento de medidas de atención a la diversidad; participar en la elaboración y desarrollo de las adaptaciones curriculares, en las actividades de apoyo y refuerzo, informando, apoyando y colaborando con las familias de alumnos con necesidades educativas o en situación de desventaja social.

Asimismo implica la cooperación en la organización y desarrollo del Plan de Acción Tutorial del centro y la colaboración con los órganos de coordinación didáctica.

Tales funciones, más o menos sintetizadas, son las que la Orden de 24 de noviembre de 2006, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se dictan instrucciones sobre el funcionamiento de los equipos de orientación educativa y psicopedagógica, asigna a los profesores de Psicología y Pedagogía que se integran en los referidos equipos, y que son en buena medida coincidentes con las que el Anexo XVI B) de la Orden de convocatoria del procedimiento selectivo al que se aportó el certificado cuya revisión de oficio se pretende, establece bajo el epígrafe "*Dimensiones e indicadores para la valoración de la función docente de funcionarios en prácticas para la especialidad de Orientación Educativa*". Asimismo, son las que enumera el Decreto 359/2009, de 30 de octubre, por el que se establece y regula la respuesta educativa a la diversidad del alumnado en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Si bien el certificado controvertido no expresaba el nivel educativo en el que el interesado había desarrollado su labor de orientación educativa, el informe evacuado a requerimiento de la Administración por la dirección del centro concertado durante la instrucción del procedimiento revisor, afirma que x prestó servicios en el centro "*como Orientador en las etapas de Infantil y Primaria (Gabinete Psicopedagógico privado), desde el 1 de septiembre de 2004 hasta el 3 de mayo de 2010, fuera de concierto educativo*".

De conformidad con la propuesta de resolución y el informe de la Inspección de Educación de 20 de julio de 2017 (Antecedente de Hecho Segundo de este Dictamen), el visado otorgado a la certificación expedida por la dirección el centro concertado fue incorrecto, pues no cabía considerar acreditada experiencia docente en la especialidad de "Orientación Educativa". Y ello porque, de conformidad con la normativa reguladora de los Equipos de Orientación Educativa y Psicopedagógica (Orden de 24 de noviembre de 2006, ya citada), la función de orientación en las etapas de Educación Infantil y Educación Primaria es responsabilidad de dichos equipos, y así ocurría con el Centro "--" de Cartagena, pues todas las actuaciones de Orientación Educativa en las etapas indicadas de dicho centro fueron llevadas a cabo por el Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica núm. 2 de Cartagena, en el que no se encontraba integrado el Sr. Toral.

La conclusión a la que llega la Inspección de Educación es que x fue contratado por el centro privado concertado "--" para desempeñar otras funciones no relacionadas con la impartición de las enseñanzas reguladas por el artículo 3 LOE, ya que estas funciones las tenía asignadas el correspondiente Equipo de Orientación y Educación Pedagógica de Cartagena.

Circunscrita la experiencia docente que se pretende acreditar x a la realización de labores propias de la especialidad de Orientación Educativa en Educación Infantil y Primaria (ya vimos que el baremo, aun dirigido al acceso a especialidades del Cuerpo de Profesores de Secundaria, contemplaba como mérito esta experiencia en niveles educativos distintos), la cuestión estriba en determinar si, por el mero hecho de que tales funciones estén asignadas con carácter general a los Equipos de Orientación dependientes de la Administración, ello impide que en centros educativos privados otros profesionales puedan realizar labores similares a las enumeradas, como apoyo, complemento o refuerzo a las actuaciones públicas de orientación.

La existencia de los Equipos de Orientación Educativa y Pedagógica responde al mandato que el artículo 157.1,h) LOE dirige a las Administraciones educativas destinado a proveer los recursos necesarios para garantizar la existencia de servicios o profesionales especializados en la orientación educativa, psicopedagógica y profesional, posibilitando así que este principio inspirador del sistema educativo español (art. 1, letra f, LOE), factor favorecedor de la calidad de la enseñanza (art. 2.2 LOE) y verdadero derecho básico de los alumnos (art. 6.3, letra d), de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, LODE), se haga efectivo.

Su desarrollo reglamentario en la Comunidad Autónoma se realiza por el ya citado Decreto 359/2009, de 30 de octubre, que destina su Capítulo VI a la orientación educativa. De conformidad con su artículo 30, la Administración "dará una atención prioritaria a la orientación educativa, psicopedagógica y profesional a lo largo de toda la escolaridad garantizando la prestación y continuidad del servicio a través de la siguiente estructura: a) En los centros públicos y privados concertados de educación infantil y primaria por medio de los Equipos de Orientación Educativa y Psicopedagógica o, en su caso, el orientador del centro...".

Obsérvese como los Equipos de Orientación se configuran como un recurso de garantía, para asegurar que las labores de orientación se prestan de forma efectiva, constituyendo en el ámbito de la Educación Infantil y Primaria el soporte técnico de la orientación, el desempeño de cuyas labores en los indicados niveles educativos se le atribuyen.

Ahora bien, no contiene esta normativa una prohibición expresa de que otros profesionales cualificados puedan realizar en los centros privados funciones asimilables o de refuerzo a las que se asignan a los Equipos de Orientación, ni cabe advertir en los términos utilizados por la normativa citada una asignación en términos de exclusividad de todas las funciones de orientación educativa a los indicados equipos, máxime cuando se prevé de forma expresa la figura del "orientador de centro", como recurso diferente al equipo de orientación y de existencia potestativa en algunos centros.

No pretende afirmarse que esos otros profesionales diferentes del EOEP puedan sustituir a éste en el ejercicio de sus competencias y de las funciones que reglamentariamente tienen asignadas, sino que la labor de aquéllos podría ser complementaria de la de los integrantes de los equipos, superponiéndose a ella.

En este contexto, entiende el Consejo Jurídico que de la sola atribución a los EOEP de las funciones orientadoras en los términos en que lo hace la normativa expuesta, no cabe considerar de forma evidente y clara que x no realizara funciones de orientación educativa en el centro concertado, que lo contrató como psicólogo, ni que dichas funciones no puedan integrar el concepto de "experiencia docente", en los términos amplios que a tal efecto propugna la doctrina consultativa antes señalada, como consecuencia inversa del rigor interpretativo que la causa de nulidad invocada impone, lo que impediría privar de efectos al certificado y al visado de la Inspección al amparo de dicha causa.

QUINTA.- A modo de recapitulación.

Según se ha razonado en las Consideraciones precedentes, el visado de la Inspección Educativa consignado sobre la certificación expedida por el centro concertado no es un acto administrativo idóneo para ser anulado por la causa invocada en el presente procedimiento, en la medida en que no constituye un acto por el que se conceda una facultad o se reconozca un derecho al interesado.

Tampoco procedería la revisión de oficio por la causa esgrimida si el procedimiento tuviera por objeto la resolución de los procedimientos selectivos en los que fue aportado el certificado controvertido, y ello porque tampoco en este supuesto habría quedado acreditada la concurrencia de la causa de nulidad. Y es que, sin perjuicio de lo que una instrucción adicional pudiera alumbrar, con la documentación obrante en el expediente no cabe considerar plenamente probado que el indicado acto incurre de forma grave, clara y manifiesta en el error de certificación alegado, consistente en la acreditación de un hecho radicalmente inexistente por carecer del necesario presupuesto o sustrato fáctico, como sería la posesión de experiencia docente en orientación educativa por parte de x.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

UNICA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución del procedimiento de revisión de oficio por el que se pretende declarar la nulidad del visado de la Inspección Educativa consignado erróneamente sobre el certificado emitido el 30 de junio de 2010 por la Dirección del centro privado concertado "--", de Cartagena, relativo a la experiencia docente previa de x, en la impartición de las enseñanzas reguladas por el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

No obstante, V.E. resolverá.