



**Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **87/2019**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 4 de marzo de 2019, 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 Excmra. Sra. Consejera), mediante oficios registrados los días 22 de noviembre de 2018 y 21 de enero de 2019, sobre revisión de oficio de las Resoluciones de la Dirección General de Atención a la Diversidad y Calidad Educativa que resuelve las reclamaciones de calificaciones presentadas por D.<sup>a</sup> X y otros (expte. **313/18**), aprobando el siguiente Dictamen.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** D.<sup>a</sup> X, D. Y y D. Z, alumnos del Instituto de Enseñanza Secundaria (IES) "Juan Carlos I" de Murcia obtuvieron calificación de suspenso en la evaluación final de la asignatura de "Historia de España" en Segundo de Bachillerato (Tecnológico), en el curso académico 2016-2017, lo que les impedía presentarse a las pruebas de acceso a la Universidad (EBAU) en la convocatoria de junio. Presentadas las oportunas reclamaciones son desestimadas en primera instancia por el Centro, tras reuniones de los componentes del Departamento didáctico para estudiar y resolver las mismas.

No conformes con dicha calificación final de suspenso, presentan reclamación ante la Dirección General de Atención a la Diversidad y Calidad Educativa, conforme al procedimiento previsto en el artículo 50 de la Orden de 5 de mayo de 2016, de la Consejería de Educación y Universidades, por la que se regulan los procesos de evaluación en la Educación Secundaria Obligatoria y en el Bachillerato en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Tras solicitar informe a la Inspección de Educación (basado en los criterios establecidos en el artículo 50.4 de la Orden de 5 de mayo de 2016), que concluye proponiendo la estimación de las reclamaciones presentadas contra las calificaciones de la citada materia, se dictan tres resoluciones. La primera, de 29 de junio de 2017, anula la evaluación final ordinaria de la alumna X, ordenándose la retroacción del procedimiento calificador al momento previo a la prueba extraordinaria de junio, que debería ser elaborada y aplicada nuevamente. Es decir, respecto de esta alumna se le emplaza a la realización de un nuevo examen final de la asignatura. Las otras dos resoluciones, ambas de 3 de julio de 2017, revisan las calificaciones de los alumnos Z y Y, otorgándoles la calificación de: "SUFICIENTE 5 puntos".

**SEGUNDO.-** El catedrático y Jefe del Departamento de Geografía e Historia del IES Juan Carlos I de Murcia, D. W, solicita, el 13 de diciembre de 2017, la revisión de oficio por causa de nulidad de las indicadas resoluciones de la Dirección General de Atención a la Diversidad y Calidad Educativa.

Entiende el actor que dichas resoluciones se habrían dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, con invocación expresa de la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1, letra e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Alega el interesado que, con infracción del procedimiento establecido en el artículo 50.3 de la ya aludida Orden de 5 de mayo de 2016 para la tramitación de las reclamaciones presentadas por los alumnos, el Director del IES no informó al Jefe del Departamento de la existencia de las indicadas reclamaciones ni recabó su preceptivo informe, al tiempo que tampoco se unió al procedimiento de aquéllas el informe, asimismo preceptivo, del Director del centro educativo, por lo que el expediente carecería de los elementos de juicio necesarios para poder resolver.

Del mismo modo, afirma que no se le concedió trámite de audiencia previo a las propuestas de resolución, a pesar de ostentar la condición de interesado en estos procedimientos.

Manifiesta el Sr. W que tuvo conocimiento de todo lo actuado en relación a las reclamaciones de los alumnos como consecuencia de la incoación contra él de un expediente disciplinario en el que se le imputa la comisión de tres infracciones graves en relación con las calificaciones de aquéllos.

**TERCERO.-** Solicitado informe a la Jefa del Servicio de Ordenación Académica, se evaca el 14 de mayo de 2018. Describe el informe el procedimiento seguido para la resolución de las reclamaciones presentadas por los alumnos y reconoce que ante las alegaciones formuladas por éstos, de conformidad con el artículo 50.3 de la Orden de 5 de mayo de 2016, debió haberse recabado el informe del Jefe del Departamento y del Director del Centro, y que dichos informes no fueron solicitados ni se incorporaron al procedimiento. No obstante, señala que tales alegaciones de los alumnos, sobre las que habrían de versar los indicados informes del Departamento y de la Dirección del centro, no fueron tenidas en cuenta en el informe de la Inspección educativa (dicho informe se habría basado en los criterios establecidos en el artículo 50.4 de la Orden de 5 de mayo de 2016 y en el informe de un profesor especialista externo), ni para estimar las reclamaciones por parte de la Dirección General, de modo que aun cuando dichas resoluciones habrían incurrido en un defecto de forma, no carecen de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin ni producen indefensión en los interesados (los alumnos), conforme a lo establecido en el artículo 48.2 LPACAP.

Concluye el informe como sigue:

*"1. D. W solicita la revisión de oficio de tres expedientes de reclamación de calificaciones, que fueron tramitados y resueltos conforme a la normativa vigente.*

*2. Se debería haber adjuntado a los mencionados expedientes de reclamación de calificaciones un informe del Jefe de Departamento afectado y del Director del centro sobre las nuevas alegaciones, como contempla el artículo 50.3,d) de la Orden de 5 de mayo de 2016.*

*3. Se considera que, aunque el acto de la resolución de la Directora General competente pudiera tener un defecto de forma, no da lugar a la indefensión de los alumnos interesados".*

**CUARTO.-** Con fecha 8 de junio de 2018, el Servicio Jurídico de la Consejería de Educación, Juventud y Deportes formula informe-propuesta de inadmisión de la revisión de oficio instada por el Sr. W, sobre la base de los siguientes argumentos:

a) Ausencia de legitimación activa para instar la revisión de las resoluciones atacadas, por carecer el profesor de derechos o intereses que pudieran verse afectados por aquéllas.

b) Los defectos formales en que se ha incurrido en la tramitación del procedimiento no alcanzan la eficacia invalidante que pretende asignarles el actor, pues no cabe calificarlos de esenciales. Se niega, además, que se le produjera indefensión, toda vez que carecía de la condición de interesado en los procedimientos incoados por los alumnos.

**QUINTO.-** Por Orden de 11 de junio de 2018, de la Consejería consultante, y con ocasión de la solicitud del preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se suspende el cómputo del plazo para resolver el procedimiento de revisión de oficio. Dicha Orden es notificada al interesado.

**SEXTO.-** El 19 de junio se evaca el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, el cual si bien se alinea con las consideraciones del informe propuesta elaborado por el Servicio Jurídico de la Consejería consultante en lo tocante a la ausencia de legitimación activa y de causa de nulidad, entiende que lo procedente es desestimar la solicitud de revisión de oficio en lugar de inadmitirla, por lo que resulta preceptivo el presente Dictamen.

**SÉPTIMO.-** 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 22 de noviembre de 2018.

**OCTAVO.-** El 17 de enero de 2019 el Sr. W presenta escrito de alegaciones ante el Consejo Jurídico en el que, al margen de reiterar su pretensión anulatoria de las resoluciones impugnadas e insistir en la existencia de la causa de nulidad ya invocada, afirma que es víctima de acoso laboral por parte de la Dirección del IES y de la Inspección de Educación, que ha incoado sucesivos expedientes disciplinarios contra él desde el año 2015.

Asimismo, afirma que existe otra causa de nulidad, no invocada hasta ahora, cual es la contenida en el artículo 47.1, letra d) LPACAP, es decir, que las resoluciones impugnadas serían constitutivas de infracción penal o se habrían dictado como consecuencia de ésta, apuntando a un eventual tráfico de influencias, prevaricación y falsedad en documento público, para dispensar un trato de favor al padre de uno de los alumnos, que es Jefe de Servicio en la Consejería de Educación. Señala el actor diversas circunstancias del expediente que pudieran constituir indicios de la existencia de los ilícitos penales que denuncia en su escrito.

**NOVENO.-** El 21 de enero de 2019, la Consejería consultante remite al Consejo Jurídico el mismo escrito de alegaciones del Sr. W, a efectos de su incorporación al expediente, con advertencia expresa de que no alteran las consideraciones del informe-propuesta que realizó en su día el Servicio Jurídico.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

La consulta se efectúa al amparo del artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), calificando el Dictamen de preceptivo.

En efecto, el artículo 12.6 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 106.1 LPACAP 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.

### SEGUNDA.- Ausencia de legitimación del actor para impugnar las resoluciones emanadas de la Dirección General de Atención a la Diversidad y Calidad Educativa.

I. El artículo 106.1 LPACAP establece que las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo Dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa, o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en su artículo 47.1.

De conformidad con el artículo 106.1 LPACAP es requisito para poder solicitar la revisión de oficio de un determinado acto ostentar la condición de interesado, rechazando el legislador la configuración de una eventual acción pública o por el mero interés en la legalidad, que habilitara a cualquier ciudadano a instar la declaración de nulidad de actos administrativos neutros o ineficaces respecto de su particular esfera jurídica, en la medida en que de dichos actos no se le derivara beneficio o perjuicio alguno.

El concepto de interesado, como condición que legitima a una persona para incoar un procedimiento administrativo es el recogido en el artículo 4.1, letra a) LPACAP, que hace derivar aquélla de la titularidad de derechos o de intereses legítimos individuales o colectivos. En consecuencia, "*la titularidad de un interés legítimo, sea directo o indirecto, cuando se promueve el procedimiento administrativo, como es el caso de la solicitud de revisión de oficio, otorga la condición de interesado*" (STS, 3<sup>a</sup>, de 17 de mayo de 2012), de modo que sólo podrán instar la revisión de oficio de un determinado acto administrativo quienes sean titulares de derechos o intereses legítimos en relación con dicho acto. Conforme a lo expresado en la STS (Sala 3<sup>a</sup>) de 31 de mayo de 2012, que sigue los criterios expuestos en las sentencias de esa misma Sala de 10 de diciembre de 2008, 24 de junio de 2009 y de 30 de abril de 2012, están legitimados para instar el procedimiento especial de revisión de oficio de los actos administrativos regulado en el artículo 102 LPAC (hoy 106 LPACAP), los titulares de derechos o intereses legítimos que dimanan del acto cuya nulidad de pleno Derecho se pretende, en cuanto que de dicha declaración de nulidad radical se derive un beneficio o efecto favorable concreto, cierto y directo para el accionante, sin que baste el mero interés de defensa de la legalidad.

Una conocida doctrina constitucional (por todas, la STC 252/2000) subraya que "los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales, no sólo de manera razonable y razonada sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio "pro actione", con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican (por todas STC 88/1997, de 5 de mayo). Desde este planteamiento se ha de aplicar al contencioso-administrativo, la regla general de la legitimación por interés (ventaja o utilidad jurídica que se obtendría en caso de prosperar la pretensión ejercitada), de modo que "para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, siendo por ello inconstitucionales las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recursos en los que se pueda cabalmente apreciar tal interés". Aun referidas al proceso contencioso-administrativo, tales consideraciones han sido pacíficamente trasladadas al ámbito del procedimiento administrativo.

Así, en la ya mencionada STS de 10 de diciembre de 2008, con invocación de la STC 160/1985, de 28 de noviembre, se afirma que la apreciación de la concurrencia del presupuesto del interés legítimo "no puede quedar limitado exclusivamente a las fases de amparo constitucional o del recurso contencioso-administrativo, ordinario o especial, sino que es aplicable a la vía administrativa previa, pues la restrictiva interpretación de la legitimación en esa vía administrativa, ante la que se recaba la inicial tutela general de las expectativas individuales, haría inoperante e impediría la amplitud de la legitimación activa con la que el art. 24.1 CE ha configurado la defensa de las mismas (STS 4 de enero de 1991)". Por su parte, la STC 143/1994, de 9 de mayo, subraya que el concepto de interés legítimo equivale a "titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejerce la pretensión, y que se materializaría de prosperar ésta".

Del mismo modo, ha señalado el Consejo de Estado en su Dictamen 425/2010, de 27 de mayo, que la estimación "del interés ha de ser amplia y generosa respecto del accionante del procedimiento, pero sin llegar a convertir la revisión en una acción pública de nulidad, ajena al ordenamiento jurídico administrativo". Continúa el referido Dictamen que, "en este sentido, como señaló el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de mayo de 1994, (...) la noción legal de interés directo ha sido sustituida pura y simplemente por la constitucional de interés legítimo, pero la extensión interpretativa de lo que sea el interés legitimador no implica que haya perdido su estricto perfil, de modo que pueda llegar a identificarse con un mero interés en la legalidad. Por el contrario, aun en las descripciones más generosas de la legitimación, la jurisprudencia se ha cuidado de hacer reserva expresa de que en ningún caso se comprenden en ella ni el mero interés en la legalidad ni los agravios potenciales o futuros (...); para que exista interés legitimador basta con que el éxito de la acción signifique para el recurrente un beneficio material o jurídico o, por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada por el acto combatido le origine un perjuicio, incluso aunque tales beneficios o perjuicios se produzcan por vía indirecta o refleja".

A la luz de tales pronunciamientos, por muy amplia y generosa que sea la noción de interés legítimo que intentáramos aplicar en el supuesto sometido a consulta, no podría llegar a englobar el interés que podría mover al Sr. W a solicitar la declaración de nulidad de las resoluciones impugnadas. Interés que, por otra parte, tampoco se ha detenido el actor en identificar de forma suficiente.

Así, cabría identificar dicho interés en el humanamente comprensible deseo de mantener su criterio o voluntad en relación con la calificación que merecían los alumnos, incluso el respeto a la "auctoritas" o a la dignidad profesional de un docente integrante del prestigioso Cuerpo de Catedráticos de Educación Secundaria, pero de ser ese el interés presente en la solicitud del actor, no alcanzaría a integrar un interés no sólo legítimo sino también y por ello mismo legitimador de la acción ejercitada, como de forma contundente viene a señalar la jurisprudencia acertadamente citada por la propuesta de resolución sometida a consulta, como la STSJ de

*"En el caso que nos ocupa, el recurrente, en su condición de funcionario docente de la Universidad de Alicante, integrado en la estructura jerarquizada de ésta, asume, al calificar el examen de un alumno, unas funciones que no cabe entenderlas desvinculadas de las propias de la Administración universitaria de la que forma parte, por lo que a estos efectos constituye un "órgano" de la citada Universidad; cuando se cuestiona la decisión de tal órgano unipersonal, se pone en marcha un procedimiento administrativo de revisión de su criterio, en el cual su intervención queda limitada a la emisión del oportuno informe que le sea solicitado acerca de la reclamación presentada por el alumno; pero ello, en ningún caso le legitima para recurrir jurisdiccionalmente la decisión del órgano superior en esa jerarquía de control interuniversitaria, pues no nos hallamos ante la existencia de unos intereses legítimos diferenciados de los de la Universidad (v.gr: reclamaciones retributivas, relativas a la prestación del servicio docente, jornadas, horarios, incompatibilidades, etc....), cuya garantía no sería tal si no se le permitiera recurrir frente a los actos de la Administración universitaria que cuestionaran o limitaran tales derechos; ello no es el caso que aquí contemplamos, como se ha dicho".*

De ahí que la indicada sentencia del TSJ de Madrid concluya que *"lo que es indudable es que un docente no puede instar la revisión de las calificaciones que han sido revisadas a través del procedimiento establecido. En efecto, la recurrente es una funcionaria inserta en la organización del sistema educativo madrileño y ha de asumir que sus decisiones no son las que agotan la vía administrativa, debiendo asumir las correcciones de sus decisiones profesionales que hagan sus superiores jerárquicos. Cuestión diferente es que las decisiones de esos órganos superiores afecten a su esfera profesional, a sus derechos (v. STC Sala 2ª, S 5-6-2006, nº 172/2006, BOE 161/2006, de 7 de julio de 2006, rec. 6171/2003, que se refería a una modificación de su centro de trabajo y actividad docente) (...) No ostenta la recurrente un derecho o interés legítimo digno de tutela. Ni siquiera el respeto a la actividad docente o a la propia "auctoritas" de la profesora, ni el conocimiento por parte de la misma de los criterios calificadores de la DAT, permiten atribuir a la actora un interés legitimador"*.

La precisión relativa a que los actos administrativos cuya revisión se pretende pudieran influir en la esfera profesional del docente lleva a cuestionar en el supuesto ahora sometido a consulta si, una vez descartada una influencia directa en los derechos del actor, pudiera existir una relación entre la solicitada declaración de nulidad de las resoluciones impugnadas y el expediente disciplinario que se sigue contra el actor, que hiciera surgir en él un interés legítimo en dejarlas sin efecto.

Según el Sr. W el origen del expediente disciplinario se encuentra en los hechos que fueron denunciados en las reclamaciones de los alumnos contra las calificaciones obtenidas en la asignatura. Sin embargo, no se alcanza a comprender, ni el actor se ha detenido en razonarlo, en qué medida la privación de efectos de las resoluciones que resuelven las reclamaciones de los alumnos podrían llegar a influir en la decisión del expediente disciplinario, máxime cuando la causa de nulidad invocada no atiende a la realidad o no de la existencia de tales hechos o a la calificación jurídica de los mismos, sino la concurrencia de un defecto procedural en la elaboración de las indicadas resoluciones.

Y es que si la causa del procedimiento disciplinario, según manifestación del propio actor, se encuentra en los hechos denunciados en las reclamaciones, aquéllos serían previos a las resoluciones impugnadas y el trámite adecuado para establecer la realidad o veracidad de tales hechos y su calificación o no como infracciones a los deberes funcionariales del docente es el propio expediente disciplinario, no un procedimiento de revisión de oficio cuyo ámbito material de cognición viene exclusivamente limitado a la determinación de la concurrencia o no de causas de nulidad en unas resoluciones que, por lo dicho, serían inocuas o neutras en relación con el procedimiento disciplinario. Adviértase, además, que en el seno del procedimiento disciplinario se están discutiendo las cuestiones de signo material que podrían influir en la determinación de los hechos en los que se

basan las imputaciones disciplinarias, pues allí se han presentado por el docente informes que contradicen desde la perspectiva estrictamente técnico-docente las consideraciones y conclusiones de aquellos otros que sustentaron la estimación de las reclamaciones, según se deduce de las alegaciones presentadas ante este Consejo Jurídico. En consecuencia, la eventual anulación de las resoluciones ahora impugnadas en nada beneficiaría la posición jurídica del profesor en el procedimiento disciplinario, pues carecería de efectos en la determinación y calificación de los hechos constitutivos de las infracciones disciplinarias que se le imputan.

Desde otra perspectiva, que atiende a la estructura jerarquizada que es propia de todas las Administraciones Públicas, ni sus órganos ni, por supuesto, las personas físicas titulares de los mismos, pueden impugnar en vía administrativa o contenciosa la actividad de la Administración en la que se integran, salvo que, como hemos visto, tales actos afecten a los derechos e intereses legítimos de tales personas, lo que no ocurre en el supuesto sometido a consulta. El profesor que emite una calificación luego revisada por un órgano superior, aun cuando discrepe del parecer de este último, no puede plantear dicha discrepancia en sede de recurso o, como en el presente caso, mediante una acción de nulidad, pues si lo hiciera no estaría *"actuando como persona física cuyos derechos e intereses aparecen enfrentados al de dicho órgano académico ni como centro de imputación diferenciado, sino que pretende plantear en sede judicial un conflicto de interés o punto de vista técnico dentro de un mismo sujeto público último de imputación, que tiene su propio cauce de resolución en la organización jerarquizada educativa"* (STSJ Galicia, de 23 de enero de 2013).

En atención a lo expuesto, entiende el Consejo Jurídico que carece el Sr. W de un interés legítimo en la nulidad de las resoluciones impugnadas y, en consecuencia, de legitimación activa para instar su declaración.

II. Dicho lo anterior y dado que la propuesta de resolución que se somete a este Consejo Jurídico lo es de inadmisión de la solicitud de revisión de oficio, hay que añadir que, conforme a la doctrina y la jurisprudencia (STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 22 noviembre 2001, por todas), es necesario distinguir entre legitimación *ad processum* y legitimación *ad causam*. Consiste la primera -la legitimación *ad processum*- en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, y es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos. Pero distinta de la anterior es la legitimación *ad causam* que, de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor, y consiste en la legitimación propiamente dicha e *"implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito"*; añade la doctrina que esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el Derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal.

El TC, en su sentencia de 11 noviembre 1991, ha dicho refiriéndose a la legitimación *ad causam* que, en puridad, no constituye excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso. Antes bien, es un requisito de la fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, pertenece al fondo del asunto. Y es que la legitimación, en tanto que relación jurídico material que liga a las partes con el objeto procesal, pertenece al fondo del asunto.

Si a ello unimos que el artículo 106.3 LPACAP sólo ha previsto la inadmisión para cuando las solicitudes de revisión no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47 o carezcan manifiestamente de fundamento (como también dice el artículo 88.5 LPACAP), así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales, se llega a la conclusión de que no es conforme con el ordenamiento decretar la inadmisión del procedimiento rechazando a *limine* el ejercicio del derecho de acción, por lo que ha de producirse una decisión de fondo que desestime lo solicitado, con arreglo a lo

que dispone el artículo 88.1 LPACAP, para lo cual habrán de tenerse en cuenta las consideraciones siguientes. En el mismo sentido, nuestro Dictamen 314/2014.

### **TERCERA.- Procedimiento.**

#### **I. Requisito temporal.**

Los actos impugnados son tres resoluciones de fecha 28 de junio y 3 de julio de 2017, de la Dirección General de Atención a la Diversidad y Calidad Educativa, que estiman las reclamaciones de tres alumnos frente a la calificación final otorgada por el profesor de la asignatura "Historia de España" de Segundo de Bachillerato.

De apreciarse motivo de nulidad, no existe límite temporal para la resolución del procedimiento, ya que la declaración de oficio de aquélla puede efectuarse en cualquier momento (artículo 106.1 LPACAP), siendo imprescriptible el ejercicio de la acción.

#### **II. Procedimiento.**

Cabe afirmar que, en general, la tramitación se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 106 LPACAP, constando la formulación de un informe-propuesta de resolución, la solicitud y emisión del preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos y habiéndose solicitado el presente Dictamen.

No obstante, ha de advertirse que el informe-propuesta evacuado por el Servicio Jurídico de la Consejería consultante el 8 de junio de 2018 concluye que procede inadmitir la solicitud de revisión de oficio formulada por el Sr. W atendida su falta de legitimación activa.

Cuando dicha propuesta de resolución es sometida a la consideración de la Dirección de los Servicios Jurídicos, ésta entiende que dicha ausencia de legitimación, que también considera concurrente, sin embargo no debe conllevar un pronunciamiento de inadmisión de la acción de nulidad, pues no tendría encaje en los supuestos para los que el artículo 106.3 LPACAP habilita al órgano decisor a inadmitir la solicitud de revisión, considerando procedente someter el asunto a este Consejo Jurídico, y así lo hace la Consejería consultante.

Sin embargo, antes de elevar consulta a este Consejo Jurídico la Consejería no ha procedido a efectuar ciertas actuaciones que debían haber precedido a la consulta y que, al menos, serían las siguientes:

a) La propuesta de resolución objeto de este Dictamen es el mismo informe-propuesta de 8 de junio de 2018, el cual, como se ha dicho, propone inadmitir la solicitud del Sr. W.

Es sobradamente conocido que para acordar dicha inadmisión no se precisa el previo Dictamen de este órgano consultivo ex art. 106.3 LPACAP, pues el Consejo Jurídico debe emitir dictamen, con carácter preceptivo, únicamente en los casos de revisión de oficio de actos administrativos que estén así previstos en las leyes (art. 12.6 LCJ). De modo que si lo que se propone es la inadmisibilidad de plano de la solicitud de revisión de oficio, por aplicación del artículo 106.3 LPACAP, no procede su emisión, correspondiendo al órgano competente para resolver acordar la inadmisión de la solicitud sin recabar el previo dictamen de este Órgano Consultivo. Razones de economía procesal están en la base de la decisión que en su momento adoptó el legislador al redactar este precepto, que no es más que continuación de la línea que se venía manteniendo en la normativa anterior.

Por ello, si lo que se pretende es, en línea con lo apuntado por la Dirección de los Servicios Jurídicos, no inadmitir la solicitud de revisión sino su desestimación, debería haberse formulado una nueva propuesta de resolución que así lo indique y no someter a este Consejo Jurídico la propuesta de inadmisión.

No obstante, comoquiera que el informe-propuesta evacuado en su día por el Servicio Jurídico de la Consejería consultante no se limitó a razonar acerca de la ausencia de legitimación del actor sino que también descendió a analizar la inexistencia de la causa de nulidad inicialmente alegada por aquél, en orden a evitar una mayor dilación en la resolución del procedimiento de revisión, entiende este Consejo Jurídico que procede dictaminar acerca de la procedencia o no de acordar la nulidad pretendida, toda vez que existen elementos de juicio suficientes en el expediente para deducir cuál es la voluntad administrativa y los fundamentos en que aquélla se apoya.

b) Por otra parte, tampoco consta que se haya dado audiencia a los interesados, como prescribe el artículo 82 LPACAP. En el supuesto sometido a consulta, tal condición de interesado en el procedimiento revisor corresponde no sólo al propio actor, sino también a los tres alumnos beneficiados por las resoluciones cuya nulidad se pretende, dado que, como es evidente, de acordarse ésta aquéllos se verían gravemente perjudicados pues dejarían de estar aprobados en la asignatura, carecerían del derecho a promocionar y, en consecuencia, a obtener el Título de Bachillerato y a presentarse a las pruebas de evaluación del Bachillerato para el acceso a la Universidad (EBAU), las cuales llegaron a superar, según consta en el expediente.

A pesar de esta omisión, no considera el Consejo Jurídico que sea preciso retrotraer el procedimiento para cumplimentar el trámite. Respecto de los alumnos, porque el sentido desestimatorio de la resolución que pondrá fin al procedimiento revisor, que comparte este Consejo Jurídico, excluiría, al menos *a priori*, la afectación de derechos e intereses de dichos alumnos. Respecto del actor, porque si bien no se le concedió formalmente el trámite de audiencia, ha tenido ocasión de alegar lo que convenía a su derecho en el escrito de 15 de enero de 2019 presentado ante la Consejería y ante el propio Consejo Jurídico.

### 3. Órgano competente para declarar la nulidad.

La Consejera de Educación, Juventud y Deportes es competente para resolver el procedimiento iniciado por la acción de nulidad ejercitada por el Sr. W, 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.

### CUARTA.- De las causas de nulidad invocadas.

La potestad de revisión de oficio, reconocida en general a la Administración por el artículo 106, con los límites del 110 LPACAP, supone una facultad excepcional que se le otorga para revisar los actos administrativos sin acudir a los Tribunales y sin tan siquiera esperar a su impugnación por los interesados. Prevista para vicios especialmente graves causantes de la nulidad de los actos, constituye, en definitiva, una manifestación extrema de la autotutela administrativa. Cuando es el interesado quien insta la revisión de oficio de un determinado acto administrativo, se configura como verdadera acción de nulidad y en tanto que vía excepcional y extraordinaria para impugnar actos administrativos ya firmes y sin sometimiento a plazo se le imponen por el ordenamiento estrictos y numerosos límites.

Por lo que aquí interesa, el primero de ellos reside en los motivos que legitiman para acudir a esta vía revisoria. Dichos motivos, contenidos en el artículo 47.1 LPACAP, constituyen verdaderas causas tasadas, con enumeración exhaustiva, y cuya especial gravedad, en definitiva, fundamenta esa potestad excepcional, como, asimismo, tanto el Consejo de Estado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido entendiendo de manera constante y reiterada (por todas SSTS de 30 de marzo de 1982, 17 de octubre de 2000 y 12 de marzo de 2002).

Para el actor, las resoluciones impugnadas incurrirían en dos causas de nulidad, a saber, las contenidas en las letras d) y e) del artículo 47.1 LPACAP.

#### 1. Actos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta (art. 47.1,d, LPACAP).

La alegación de esta causa no se contenía en el escrito inicial de solicitud de revisión de oficio, habiendo sido invocada por el actor con posterioridad, con ocasión del escrito de alegaciones presentado ante el Consejo Jurídico.

El artículo 47.1 LPACAP establece que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas que "sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta" (art. 47.1, letra d).

Para que se dé esta causa de nulidad, el acto administrativo bien ha de ser en sí mismo constitutivo de infracción penal o bien su dictado ha de derivar de la comisión de un ilícito penal, que antecede al propio acto administrativo, insertándose en su procedimiento de elaboración e influyendo decisivamente en su contenido. En este supuesto, para poder declarar la nulidad del acto, la previa infracción penal ha de encontrarse en una relación de causalidad clara respecto de aquél, siendo determinante del mismo.

Además, para que pueda estimarse que concurre esta causa de nulidad es preciso que previamente el órgano de la jurisdicción penal competente lo haya así declarado (Dictámenes 69/2002 y 147/2010 de este Consejo Jurídico, STSJ Castilla y León 2418/2000, de 29 de diciembre, y SAN de 26 de noviembre de 2003, entre otras), lo que no sucede en este caso, siendo insuficiente a tal efecto que por el interesado se esgriman o denuncien determinadas circunstancias o hechos que pudieran constituir indicios de la comisión de los ilícitos penales que se alegan.

#### 2. Actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (art. 47.1,e,

En este punto, ha de recordarse la constante doctrina según la cual para que opere esta causa de nulidad, el empleo de los dos adverbios que utiliza el artículo 47.1, letra e) LPAC "total y absolutamente" recalca "*la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total*" (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009). Y es que, en la interpretación estricta que demanda esta causa de nulidad, ha de ser puesta en relación con la función de garantía inherente a la exigencia de que el ejercicio de las potestades y competencias administrativas se actúe a través de un procedimiento, a la vez garantía de los ciudadanos y del interés público. Por ello, la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no debe examinarse desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva, en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites, como que no se hayan respetado los principios o reglas esenciales que informan el procedimiento (Dictamen del Consejo de Estado 2183/2003).

Para el actor, configuran la causa de nulidad invocada la omisión en el procedimiento de revisión de las calificaciones de diversos trámites preceptivos, a saber, los informes del Jefe de Departamento y del Director del centro docente, así como el trámite de audiencia que se le debería haber conferido al tener la condición de interesado en dicho procedimiento. Descartada ya esta última afirmación, toda vez que se ha razonado ampliamente en consideraciones anteriores que el actor carecía de interés legítimo alguno que pudiera verse afectado por las resoluciones impugnadas, lo que determina que careciera de la condición de interesado en el procedimiento dirigido a su dictado, queda por analizar la configuración como causa de nulidad de la omisión en el procedimiento de informes considerados como preceptivos.

Comparte el Consejo Jurídico el criterio reflejado en la propuesta de resolución de que el acto impugnado no incurre en la causa de nulidad alegada, toda vez que la omisión de un informe preceptivo no equivale en todo caso y sin más a la de un trámite esencial, que permita equiparar su ausencia en el procedimiento a la inexistencia de éste.

La doctrina jurisprudencial y consultiva emanada en relación con el hoy derogado artículo 62.1, letra e) LPAC y que resulta plenamente trasladable a la causa de nulidad hoy establecida por el artículo 47.1, letra e) LPACAP, parte de considerar que "*la mera omisión de un trámite, aunque fuera preceptivo, no constituye por sí sola un vicio de nulidad de pleno derecho con arreglo a lo dispuesto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992*" (por todos, Dictamen del Consejo de Estado 279/2000), como resulta de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (véanse, por todas, las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1991 y 21 de octubre de 1980) y doctrina del Consejo de Estado (véanse los dictámenes números 50.164, de 5 de noviembre de 1987; 52.815, de 18 de mayo de 1989; 3.039/95, de 18 de abril de 1996; 6.175/97, de 19 de febrero de 1998; 1/98, de 21 de mayo de 1998; 3.170/98, de 30 de julio de 1998 y 2.301/98, de 10 de septiembre de 1998, entre otros muchos).

Para que concurra la causa de nulidad objeto de consideración, continúa el indicado Dictamen del Consejo de Estado 279/2000, "*se precisa que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que se caractericen por su especial gravedad* (dictámenes números 542/96, de 7 de marzo de 1996; 926/97, de 3 de abril de 1997; 4.894/97, de 23 de octubre de 1997 y 6.175/97, de 19 de febrero de 1998). En otros dictámenes (véase el número 2.301/98, de 10 de septiembre de 1998) se dice que para ello "es necesario apreciar con rigor que el procedimiento se ha violentado de modo terminante y claro (...) debiendo justificarse cumplidamente que se ha producido alguna anomalía esencial en su tramitación". En un sentido similar se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1993 (RJ 1993/5657) así como otros dictámenes, que exigen "*omisiones sustanciales y de entidad, equiparable a la falta de aquellos requisitos procedimentales que configuran la esencialidad del procedimiento*" (dictamen número 906/96, de 28 de

marzo de 1996), o una omisión de "hitos esenciales" del procedimiento (dictamen número 1.532/92, de 4 de marzo de 1993; véase también el número 45.853, de 17 de noviembre de 1983).

Para calificar la gravedad o esencialidad a que hacen referencia los dictámenes citados, el Consejo de Estado exige que "no existan los engarces formales necesarios en el iter administrativo para concluir en el acto que se pretende emanar, envolviendo tales ausencias o errores procedimentales un radical vicio con irremediables efectos sobre el acto administrativo final" (dictamen número 2.756/96, de 25 de julio de 1996). Tales "engarces formales" se reducen al "núcleo mínimo e irreductible de trámites procedimentales que deben desarrollarse para estudiar, preparar y" adoptar una resolución (dictamen número 520/92, de 4 de junio de 1992), cuya omisión determinaría "una irregular e impropia formación de la voluntad administrativa que constituye el sustrato material de dicho acto aprobatorio" (dictamen número 43.816, de 19 de noviembre de 1981)".

En el mismo sentido, la STSJ de Murcia, núm. 843/2002, de 30 de septiembre, afirma que "*la jurisprudencia ha establecido que la omisión de un simple trámite procedural no significa prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido como exige dicho precepto; máxime, en el presente caso, en el que ha sido adoptado por mayoría de los miembros del órgano competente para resolver, como es el Pleno del Ayuntamiento, y que el citado informe no es vinculante*".

La sentencia de este mismo Tribunal, núm. 759/2006, de 10 de noviembre, contiene una interesante síntesis acerca de la doctrina jurisprudencial recaída sobre la omisión de informes preceptivos y su consideración y alcance como causa de invalidez de los actos administrativos. Señala, así que "*a la hora de valorar los efectos del vicio procedural derivado de la ausencia de un informe preceptivo la jurisprudencia es dispar. Así las SSTS de 17 mayo 1973, 5 octubre 1981, 30 octubre 1984 o 18 mayo 1987 sacralizaron el valor de este tipo de informes, proclamando que su omisión constituía un vicio de orden público por la naturaleza de trámite esencial, determinando la anulación del procedimiento administrativo y su reposición al momento oportuno para suplir la falta. Esta doctrina dejó de ser uniforme al empezar a surgir algún pronunciamiento (por ejemplo la STS 7 mayo 1987) en el sentido de que el vicio de forma (es) determinante de anulación del acto sólo cuando no haya elementos suficientes en el expediente para entrar a conocer el fondo del asunto, o cuando haya provocado una indefensión total y absoluta al interesado (...) A partir de la STS 15 octubre 1991, se relativiza la importancia de la omisión de informes preceptivos, y en definitiva, se sostiene que no toda infracción de esta clase ha de conllevar la anulación de todo lo actuado, pudiendo prescindirse válidamente del informe que no se emitió cuando, por la naturaleza del asunto debatido, las circunstancias concurrentes o las consecuencias derivadas, el vicio apreciado no revista una especial transcendencia. Y su ausencia solo provocaría la nulidad si el acto, como consecuencia de la no emisión del informe que debió precederle, carece de los requisitos esenciales indispensables para alcanzar su fin, lo que no se produce cuando, a pesar de haber omitido un informe preceptivo, el órgano decisor se ha visto ilustrado con otros elementos de juicio que, de manera suficiente, también han garantizado el acierto de la decisión correspondiente*

Del mismo modo, la STSJ de Murcia, núm. 378/2014, de 26 de mayo, afirma que "*La expresión "actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido" del artículo 62.1 e de la Ley 30/1992 no hay que identificarla con la ausencia de todo procedimiento sino con la omisión de los trámites esenciales integrantes de un procedimiento determinado sin los cuales ese concreto procedimiento, el adecuado, no es identifiable, según doctrina legal inveterada. TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, S de 11 Ene. 2013*".

En aplicación de la doctrina expuesta al supuesto sometido a consulta, no aprecia el Consejo Jurídico que la omisión de los informes del Jefe de Departamento y del Director del centro revistan el carácter de trámite esencial del procedimiento cuya ausencia determine la nulidad de las resoluciones de revisión de las calificaciones.

Adviértase que, al margen del carácter no vinculante de dichos informes, la posición del Jefe de Departamento ya era conocida por el órgano competente para resolver, pues no sólo había calificado a los alumnos en ejercicio de las funciones de evaluación que le correspondían como profesor de la asignatura en cuestión, sino que también había rechazado las reclamaciones formuladas por aquéllos ante el propio Departamento, una vez analizados sus casos por el conjunto de los profesores pertenecientes al mismo.

Del mismo modo, las resoluciones que ponen fin al procedimiento de reclamación de los alumnos se dictaron con el apoyo técnico de dos informes, el de un profesor especialista en la materia y el de la Inspección de Educación, por lo que no puede considerarse que la decisión del procedimiento fuera arbitraria o careciera de elementos de juicio suficientes para garantizar su acierto, que en palabras del Consejo de Estado, dieran lugar a "*una irregular e impropia formación de la voluntad administrativa*".

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

## CONCLUSIÓN

**ÚNICA.-** No procede declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas, dada la ausencia de legitimación activa del instante y la no concurrencia de causa de nulidad alguna en aquéllas, conforme se razona en las Consideraciones Segunda y Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.