

Expediente Núm. 133/2010
Dictamen Núm. 122/2010

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 20 de mayo de 2010, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 20 de abril de 2010, examina el expediente de revisión de oficio incoado con motivo de la presunta nulidad de pleno derecho de una relación funcional.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 20 de diciembre de 1985, el Pleno del Ayuntamiento de Cangas del Narcea acuerda aprobar las bases rectoras de la convocatoria de una plaza de auxiliar administrativo y de una plaza de delineante, “desempeñadas actualmente por funcionarios interinos”, así como convocar las citadas plazas.

2. El día 20 de enero de 1986 se publican en el Boletín Oficial del Principado de Asturias y de la Provincia las bases que han de regir la convocatoria para la provisión de la plaza de delineante.

En la base primera se señala que la plaza está “encuadrada en el Grupo de Administración Especial, dotada con las retribuciones básicas correspondientes al índice de proporcionalidad 6 (Grupo C), y demás retribuciones y emolumentos que legalmente fueren de aplicación, y todo ello de acuerdo a lo especificado en el Real Decreto 2224/85, de 20 de noviembre, por el que se regula el Acceso a la Función Pública Local del Personal Contratado e Interino de las Corporaciones Locales”.

En la base cuarta se establece, a propósito de las condiciones de los aspirantes, que “deberán reunir los requisitos contemplados en el art. 2 del Real Decreto 2224/85, de 20 de noviembre”.

3. Con fecha 28 de abril de 1986, el Tribunal Calificador propone la designación del único aspirante presentado a las pruebas selectivas para la provisión de la plaza de delineante, que ha superado todos los ejercicios de la fase de oposición, para cubrirla en propiedad.

4. En sesión celebrada el día 5 de mayo de 1986, el Pleno del Ayuntamiento de Cangas del Narcea acuerda nombrar al aspirante propuesto por el Tribunal Calificador como “funcionario en propiedad para la plaza de Delineante perteneciente a la plantilla de este (...) Ayuntamiento (...), quien deberá tomar posesión del cargo (...), para lo cual deberá aportar los documentos que se detallan en las bases objeto de la convocatoria”.

5. El nombrado presenta en el registro del Ayuntamiento de Cangas del Narcea un escrito, fechado el 30 de mayo de 1986, al que adjunta diversos documentos “a los efectos de toma de posesión”, entre ellos la “fotocopia compulsada del título acreditativo”. El título académico que figura unido al citado escrito es el de Bachiller Superior.

6. El día 5 de junio de 1986 el funcionario, el Alcalde y el Secretario del Ayuntamiento suscriben el Acta de toma de posesión.

7. Con fecha 18 de junio de 1992, el Secretario del Ayuntamiento de Cangas del Narcea dirige a una conocida revista jurídica especializada en Derecho local una consulta en la que refleja que, “revisando la documentación obrante en la Sección de Personal de esta Secretaría General a mi cargo he observado la siguiente (...) anomalía en un expediente de un funcionario, y que a la vista del mismo solicito a Vds. que (...) me informen al respecto sobre las actuaciones que en su caso por este Secretario ha de llevar a cabo ante los órganos de gobierno correspondientes:/ Con fecha 5 de junio de 1986 toma posesión, en propiedad, un funcionario para desempeñar el puesto de delineante municipal./ En las bases objeto de la convocatoria se exigía, entre otros documentos, la presentación del correspondiente Título Oficial de Delineante./ En el acto de toma de posesión no se ha presentado tal documento y a fecha de hoy se ha constatado que el funcionario en cuestión no dispone del señalado título, pues nunca lo obtuvo./ Posesionado el funcionario de esta manera que considero totalmente irregular e ilegal (...), solicito se me informe sobre las actuaciones que procedan”.

8. El día 3 de julio de 1992, la editorial consultada dirige al Secretario del Ayuntamiento de Cangas del Narcea un escrito que se inicia recordando las “limitaciones a las facultades de anulación y revocación de actos” reconocidas en la ley “cuando, por prescripción de acciones, tiempo transcurrido u otras circunstancias, su ejercicio resulta contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes”.

A lo anterior se añade que “en el caso planteado es evidente que al carecer el funcionario en cuestión del título exigido en la convocatoria (...) no debió producirse el nombramiento, pero lo cierto es que (...) fue nombrado como tal pese a la carencia o no acreditación de la titulación y, en cuanto a posibles responsabilidades, las culpas están compartidas, e incluso las cargaríamos en el

haber de la Corporación que procedió al nombramiento sin requerimiento previo de la justificación de los requisitos exigidos (...), sin entrar en consideraciones (de) si tal conducta lo fue a sabiendas o por ignorancia./ En el momento actual, habiendo transcurrido en exceso los cuatro años para la anulación de oficio de los actos que infrinjan manifiestamente las leyes (art. 110.2 de la LPA), creemos que sólo sería posible la revisión en el supuesto de calificarse la infracción como determinante de nulidad de pleno derecho por incidir en alguno de los supuestos del art. 47 de la LPA (art. 109 de la misma), previo dictamen favorable del Consejo de Estado. De entre los motivos de nulidad plena, tal vez podría considerarse como acto constitutivo de delito (...). Revisión de oficio que pueden intentar y en la que la intervención preceptiva del Consejo de Estado puede aclararles las dudas o la procedencia de ello”.

9. A raíz de una solicitud formulada por el delineante municipal el día 20 de noviembre de 1992, relativa al “reconocimiento de las funciones que realiza al margen de las propias de delineante, con el incremento de nivel que se considere conveniente”, el Secretario municipal elabora un informe, fechado el día 25 del mismo mes, en el que manifiesta que “la toma de posesión del referido funcionario adolece de uno de los documentos previos y preceptivos, cual es la aportación del correspondiente Título de Delineante (...). Dado que en tiempo no consta se haya presentado el documento señalado, no cabe sino valorar como una toma de posesión irregular la efectuada (...), pudiendo incluso hablarse de nulidad de pleno derecho (...). Al margen de lo anteriormente señalado, y cuya decisión (...) es competencia del Pleno corporativo, procedería requerir al posesionado para que aporte el documento indicado, entendiendo que éste pudo haberse presentado y extraviado por lo que no consta en su expediente personal”.

En cuanto al incremento de nivel solicitado, considera que “podría el Pleno (...) revisar el complemento específico o complemento de productividad”.

10. El día 28 de diciembre de 1992, el Alcalde dirige un escrito al Delineante, sin que conste la recepción por parte de éste, en el que expone que, “con el fin de dar la tramitación administrativa que corresponda a su escrito de fecha 19 de noviembre de 1992 (...), se ha revisado su expediente personal, habiéndose detectado en el mismo que no consta se haya aportado el Título de Delineante en el acto de toma de posesión como funcionario interino en la fecha de 18 de julio de 1985 ni como funcionario en propiedad en la fecha de 5 de junio de 1986, tal y como así se preceptuaba en las bases de las respectivas convocatorias./ Se le concede, pues, un plazo de 10 días hábiles a contar desde el siguiente a la recepción de la presente para que aporte al expediente de referencia fotocopia compulsada del Título de Delineante, caso contrario se procederá de acuerdo a lo establecido legalmente”.

11. Se incorpora al expediente, a continuación, una Resolución del Alcalde, de fecha 26 de febrero de 1993, en la que se hace constar que, “visto (el) informe emitido por el Sr. Secretario en la fecha de 25 de noviembre de 1992 y documentación adjunta al mismo”, se “acuerda manifestar al solicitante que no procede lo instado, por cuanto que considera que el nivel en el que está adscrito es el adecuado de acuerdo a los demás Grupos asimilados”.

12. El día 26 de agosto de 2003, el Alcalde resuelve “ordenar a favor de (el delineante) el abono de la cantidad de 401,58 €/mes, en concepto de ‘desempeño de las funciones como responsable del personal de obras’, a aplicar desde el día 12/03/2003 y hasta la fecha en que se produzca el alta del aparejador municipal, responsable del Servicio de Obras”.

13. El Arquitecto Municipal del Ayuntamiento de Cangas del Narcea dirige al Alcalde, en fecha que no consta, un informe en el que se indica que “el Delineante Municipal está desempeñando las labores encomendadas en comunicado de 12 de mayo de 2008, de orden de su Alcaldía, a través de este Servicio, siendo el comportamiento hasta la fecha bueno, resolviéndose las

licencias menores, por ejemplo, al día y a pesar de la acumulación que el Servicio mantenía por ausencia del Arquitecto interino asesor de más de dos años y en n.º de 200”, y propone el abono de la “contraprestación establecida como: aumento de nivel, abono en complemento de destino y/o específico, según corresponda, al desempeñarse funciones de especial dedicación y conocimiento propias de la arquitectura, sin perjuicio de informe en Derecho y de los Servicios de Intervención Municipales”.

14. Mediante Resolución de la Alcaldía de 6 de octubre de 2009, notificada al interesado al día siguiente, se requiere al funcionario para “la entrega del Título Oficial de Delineante en un plazo improrrogable de cuarenta y ocho horas”, ante la “interposición por (su) parte (...) de recurso contencioso-administrativo frente al Ayuntamiento de Cangas del Narcea, y con el fin de dar cumplimiento a la petición judicial de envío de su expediente personal como trabajador de esta entidad”.

15. El día 9 de octubre de 2009, se recibe en el Servicio de Personal del Ayuntamiento de Cangas del Narcea un escrito en el que el Delineante municipal manifiesta que “la titulación exigida para la plaza (...) fue acreditada en la toma de posesión celebrada el 5 de junio de 1986”.

16. Según certifica el “Secretario P. D.” -cuya firma se corresponde con la de quien suscribe, como Secretario, los escritos que figuran incorporados al expediente desde el 18 de junio de 1992-, en sesión extraordinaria celebrada el día 5 de noviembre de 2009, el Pleno del Ayuntamiento de Cangas del Narcea acuerda, por unanimidad, “el inicio de los trámites legalmente establecidos para la declaración como nulo de pleno derecho del procedimiento de selección para el acceso a la función pública del funcionario”, fundada en el “incumplimiento de uno de los requisitos indispensables para (el) acceso a la función pública”, como lo es la falta de titulación para el desempeño del puesto de trabajo”, así como la adopción, “como medida cautelar, proporcional a los hechos

acontecidos, (de) la separación del servicio desde el momento en que se notifique el acuerdo adoptado al interesado, en tanto no se resuelva el expediente”, y “dar traslado” del acuerdo adoptado, entre otros, al interesado, al Consejo Consultivo y “a la Fiscalía, para que adopte la oportuna resolución ante la posibilidad de presunto delito por ejercicio de profesión careciendo de la titulación específica”.

17. El día 19 de noviembre de 2009, el Delineante municipal presenta en el registro del Ayuntamiento de Cangas del Narcea un recurso de reposición contra el Acuerdo adoptado por el Pleno el día 5 de noviembre de 2009.

En él pone de manifiesto el interesado que en la base primera de las que regían el concurso oposición para la provisión de la plaza de delineante “se hacía constar textualmente que se trataba de una plaza ‘... dotada con las retribuciones básicas correspondientes al índice de proporcionalidad 6 (Grupo C), y demás retribuciones y emolumentos que legalmente fueren de aplicación ...’”, y destaca que “la alusión (...) al índice de proporcionalidad 6 (Grupo C) (...) nos remite directamente al art. 62 del Real Decreto n.º 3046/1977, de 6 de octubre, por el que se articuló parcialmente la Ley 41/1975, de Bases de Estatuto de Régimen Local en lo relativo a los funcionarios públicos locales y otros extremos, en cuyo apartado 2 se decía (...) que ‘La proporcionalidad correspondiente a los niveles de titulación exigibles para el ingreso en los Cuerpos o, en su caso, categorías, subgrupos o clases de funcionarios (...) será la siguiente: (...) Enseñanzas Medias (Bachillerato, Titulados de Formación Profesional de Segundo Grado y equivalentes) (...), 6’”.

Asimismo, señala que la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, contenía, en su artículo 25, la clasificación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, conforme a la cual, “los funcionarios ‘... se agruparán, de acuerdo con la titulación exigida para su ingreso, en los siguientes grupos: ... Grupo C, Título de Bachiller, Formación Profesional de Segundo Grado o equivalente’”, y destaca que “este art. 25,

según decía el art. 1.3 de la propia Ley, tenía el carácter de norma básica aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas”.

A lo anterior añade que el “art. 2 del Real Decreto nº 2224/1985, que es al que remitía la convocatoria del concurso oposición para determinar los requisitos que debían de cumplir las personas interesadas en presentarse al mismo (...), decía textualmente lo siguiente: ‘El personal contratado administrativo de colaboración temporal e interino que participe en las pruebas deberá reunir, para que se le valoren los servicios, además de las condiciones generales de capacidad, los siguientes requisitos: (...) c) Estar en posesión de los títulos exigibles para el ingreso en los respectivos subgrupos, clases, especialidades y categorías, de acuerdo con la normativa actualmente en vigor, o en condiciones de obtenerlos en las fechas en que termine el plazo de presentación de instancias (...). Por consiguiente es rotundamente falso que en el concurso oposición en el que el dicente obtuvo en propiedad la plaza de delineante (...) se exigiera el ‘Título Oficial de Delineante’”.

Expone el recurrente que “en el año 1986 el ‘Título Oficial de Delineante’ no se exigía para ingresar en ninguna plaza de funcionario del ‘índice de proporcionalidad 6’ ni del ‘Grupo C’, como era el caso de la de delineante obtenida por el que suscribe, no ya en el Ayuntamiento de Cangas del Narcea, sino tampoco en ningún otro organismo público estatal, regional, provincial o local y ello por la potísima razón de que las invocadas normas legales reguladoras de la función pública no lo demandaban (lo único que se requería era estar en posesión del título de Bachiller, Formación Profesional de Segundo Grado o equivalente) y porque además tampoco podían hacerlo, dado que entonces el referido ‘Título Oficial de Delineante’ no existía legalmente”.

Tras reproducir los fundamentos jurídicos de numerosas sentencias en apoyo de su pretensión, entiende el recurrente que, a su juicio, el procedimiento de revisión de oficio iniciado “está abocado al fracaso, sin ni siquiera invocar los límites que a tal facultad se establecen (...), al no concurrir en el caso presente ni uno solo de los requisitos legalmente exigidos”.

Respecto a la medida cautelar adoptada, afirma que “obedece única y exclusivamente a la venganza” y que “carece de apoyo legal alguno, pues el art. 104 de la Ley n.º 30/1992 no permite semejante reacción, ya que la circunstancia de que el que suscribe continúe desempeñando normalmente su labor, como lo viene haciendo desde hace nada menos que 23 años, no causa ningún perjuicio ‘... de imposible o difícil reparación...’, que es lo que exige dicha norma para poder adoptar una medida de esta envergadura y trascendencia”.

Considera, finalmente, que el acto recurrido “no es más que la punta del iceberg de lo que realmente está sucediendo en ese Ayuntamiento desde la llegada al poder de sus actuales gobernantes./ A las implacables persecuciones e intentos de purga de los funcionarios ‘no afectos al nuevo régimen’ (...) hay que añadir la anómala e ilegal circunstancia de que las importantes funciones de Secretario General del Ayuntamiento hayan sido encomendadas a un administrativo sin la más mínima formación jurídica, no obstante contar la plantilla funcional desde el año 1998 con una licenciada en Derecho en cuyas bases de contratación figuraba precisamente la de sustituir las vacantes de los titulares de aquella plaza”.

18. El día 25 de noviembre de 2009, se registra de salida un escrito que el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Cangas del Narcea dirige al Colegio Oficial de Delineantes y Técnicos Superiores del Principado de Asturias en solicitud de informe en relación con “la necesidad de estar colegiado para el ejercicio de la profesión de delineante en su condición de funcionario de la Administración local./ Cuál era la titulación específica que existía entre los años 1982 a 1986 para el ejercicio de la profesión de delineante./ Cuáles son las consecuencias de ejercer tal profesión en la Administración local sin titulación específica para la misma”.

19. El día 14 de diciembre de 2009, se recibe en el Ayuntamiento de Cangas del Narcea el informe emitido por el Decano-Presidente del Colegio Oficial de Delineantes y Técnicos Superiores del Principado de Asturias. En él se expresa

que “para ejercer legalmente la profesión de delineante será requisito indispensable estar colegiado, salvo en el caso de los funcionarios públicos, siempre que realicen tal actividad exclusivamente al servicio de la Administración”. Que “la titulación específica entre los años 1982 a 1986” era la de Título de Oficial Industrial Delineante./ Título de Maestro Industrial Delineante./ Título de Técnico Especialista, F. P. de 2º Grado, rama Delineación./ Título de Graduado en Artes Aplicadas, en su sección de Arquitectura. En relación con las “consecuencias de ejercer la profesión en la Administración local sin titulación específica”, señala que la creación del Colegio Profesional de Delineantes (Decreto 219/1973, de 8 de febrero) avala que se está reconociendo una profesión con entidad propia y que su ejercicio está sujeto a la posesión de títulos académicos y profesionales, con independencia de que dicho ejercicio profesional se realice de forma liberal o por cuenta ajena, pero estando en posesión del título oficial que habilita para ejercer la profesión”. Con base en ello, “toda persona en quien no concurren los requisitos legales se estima que establecidos para la práctica de la profesión de delineante está incurriendo en intrusismo profesional”.

20. El día 16 de diciembre de 2009, el Secretario municipal, “por delegación”, remite al delineante municipal un escrito de “contestación a recurso de reposición”, firmado por el Alcalde. En él se concluye que “el acuerdo de iniciar los trámites legales necesarios para declarar el procedimiento de acceso a la función pública del referido funcionario como nulo de pleno derecho deriva del hecho objetivo de la insuficiencia para poder cumplir con la titulación que se pedía en las bases de referencia para cubrir una plaza de delineante municipal (...), puesto que, por lógica, para optar a la plaza técnica de delineante, perteneciente ésta a la Administración Especial, se requiere titulación específica para el desempeño de la misma. Titulación ésta que, según se deduce del expediente, tal funcionario nunca poseyó”.

21. El día 16 de febrero de 2010, tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Cangas del Narcea el Decreto del Fiscal Superior del Principado de Asturias de 30 de diciembre de 2009, por el que se archivan las diligencias previas incoadas a instancia de aquel Ayuntamiento, “ante la existencia de un posible delito de ejercicio de profesión careciendo de titulación específica”.

Afirma el Fiscal Superior en la consideración cuarta del Decreto que “los artículos 9 y 13 del Real Decreto 3306/1978, de 15 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos de los Colegios Profesionales de Delineantes inciden en la exigencia para el ejercicio legal de dicha profesión de encontrarse colegiado, requiriendo el primero de dichos preceptos, además que se cumplan los requisitos legales y estatutarios exigidos a tal fin. Dentro de tales requisitos se encuentra, conforme al artículo 8 del Real Decreto reseñado, el de estar en posesión de los correspondientes títulos. Resulta por tanto que el ejercicio profesional como delineante requiere la colegiación y la posesión de determinados títulos, si bien se observa que este último requisito aparece subordinado al primero, es decir, la exigencia de la titulación se deriva de la necesidad de la colegiación. Comoquiera que el artículo 13 del repetido Real Decreto exime del requisito de estar colegiado a los funcionarios públicos que realicen sus actividades exclusivamente al servicio de la Administración, puede concluirse razonablemente que a estos últimos tampoco se les exige legalmente el requisito de titulación profesional, lo que se ajusta a una interpretación rigurosa de la Ley, imperativa cuando se trata de calificar jurídico-penalmente unos hechos. Incluso existe un apoyo normativo a esta conclusión, como se desprende en el ámbito supramunicipal del Real Decreto 1882/1979, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Cuerpo de Delineantes del Ministerio de Hacienda. Esta norma reglamentaria establece en su artículo 4.2 que podrán concurrir a la oposición para el ingreso en dicho cuerpo quienes se encuentren en posesión no sólo del título oficial de Técnico Especialista Delineante, Segundo Grado, sino también quienes hayan obtenido el título de Bachiller Superior o equivalente”.

Destaca el Fiscal en la consideración quinta que “no se puede perder de vista, por último, el carácter restrictivo con que habrá de regularse en un futuro próximo la obligatoriedad de la colegiación profesional, según la disposición transitoria cuarta de la reciente Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de Modificación de diversas Leyes para su Adaptación a la Ley sobre (el) Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, donde se prevé la continuidad de dicha colegiación obligatoria en aquellas actividades en que puedan verse afectadas, de manera grave y directa, materias de especial interés público, como pueden ser la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas”.

En la consideración octava refiere que “el 11 de abril de 1985 el Ayuntamiento de Cangas del Narcea creó una serie de plazas, entre las que se encontraba una plaza de delineante (...). El 20 de diciembre del mismo año se aprobaron las bases que habían de regir la convocatoria para la provisión en propiedad de dicha plaza (...). Ni en dichas bases (...) ni en el artículo 2º del Real Decreto 2224/1985, de 20 de noviembre, por el que se regula el acceso a (la) Función Pública Local del personal contratado e interino de las Corporaciones Locales, al que se remiten las mencionadas bases, se exige concreta y determinadamente la posesión de un título oficial de delineante”.

En la consideración novena pone de manifiesto que “desde hace más de veinte años el encartado ha venido desarrollando funciones de delineante para el Ayuntamiento, conociendo éste que la única titulación de que disponía aquél era el título de Bachiller Superior; incluso en 1992 se le emplazó para que aportase título oficial de delineante, sin que lo hiciera, y sin que el Ayuntamiento adoptase ninguna medida, continuando el encartado con sus funciones durante otros dieciséis años más. Resulta razonable que este cúmulo de circunstancias confirmase en el encartado la creencia de contar con la titulación requerida para su puesto de trabajo, a lo que se añade el hecho de que la plaza que ocupaba perteneciese al grupo C, siendo así que para el ingreso en los Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías integradas en dicho grupo se requería en el momento de la toma de posesión el título de Bachiller Superior -que el encartado poseía-,

Formación Profesional de Segundo Grado o equivalente (artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública)”.

22. Con fecha 22 de febrero de 2010, el Secretario, “por delegación”, suscribe un informe sobre la “apertura de expediente administrativo para la declaración de nulidad de pleno derecho de relación funcionarial por incumplimiento de uno de los requisitos indispensables para el acceso a la función pública”, que presenta como “complemento al de fecha 25 de noviembre de 1992”.

Menciona el autor del informe, como fundamentos jurídicos, el artículo 23.2 de la Constitución; el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y también la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público, en cuyos “artículos 55 y 56 se disponen los principios rectores para el acceso al empleo público, así como los requisitos generales para poder participar en los procesos selectivos, entre los que se encuentra el (de) `poseer la titulación exigida´”. A lo anterior, añade que “igualmente aplicable al supuesto que nos ocupa sería lo establecido en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (...), vigente en el momento de las tomas de posesión del funcionario (...). Artículo éste equiparable en lo que a su contenido se refiere a lo que prescribe el actual artículo 62 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Por lo que se refiere al procedimiento, indica que “resultaría de aplicación lo prescrito en el artículo 109 de la Ley de 1958, anteriormente citada (...), revisión prevista actualmente en el artículo 102.1 de la Ley RJAPYPAC”, y que, “ante el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución, procede declarar la caducidad del mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 102.5 LRJAPYPAC”.

Finalmente, afirma que, “en cuanto al órgano competente para la revisión de oficio (...), el artículo 123.1.I) de la Ley 7/85, Reguladora de las Bases de Régimen Local, es claro al respecto: `Corresponden al Pleno las siguientes

atribuciones: las facultades de revisión de oficio de sus propios actos y disposiciones de carácter general”.

23. En sesión celebrada el día 25 de febrero de 2010, el Pleno del Ayuntamiento de Cangas del Narcea acuerda “declarar la caducidad del procedimiento iniciado en fecha 5 de noviembre de 2009, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102.5 de la Ley 30/92”, e “iniciar los trámites legalmente establecidos para la declaración como nulo de pleno derecho del procedimiento de selección para el acceso a la función pública del funcionario (...), concediendo al mismo audiencia por un plazo de quince días, a contar desde el siguiente a la recepción del presente para que formule las alegaciones y presente cuantos documentos y justificaciones estime oportunos”. El procedimiento de revisión de oficio se basa, según el citado acuerdo, en idéntica causa de nulidad que la que sustenta el procedimiento cuya caducidad se declara, y la competencia para resolver se fundamenta en lo dispuesto en el “artículo 123.1.I) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local”. El acuerdo conlleva el mantenimiento de la “medida cautelar, proporcional a los hechos acontecidos”, consistente en “la separación del servicio desde el momento en que se notifique el acuerdo adoptado al interesado, en tanto no se resuelva el expediente de referencia”.

24. Notificada al interesado la certificación del acuerdo de incoación en fecha que no consta, el día 19 de marzo de 2010, aquél presenta en el registro del Ayuntamiento de Cangas del Narcea un escrito de alegaciones en el que reitera los argumentos del recurso de reposición formulado contra el Acuerdo del Pleno de fecha 5 de noviembre de 2009.

25. El día 5 de abril de 2010, se recibe en el registro del Ayuntamiento de Cangas del Narcea el informe elaborado por un Asesor Técnico de Colegios Profesionales de Delineantes el 29 de marzo de 2010. En este informe se señala que “la profesión de delineante se encuentra regulada por el Decreto 219/1973,

de 8 de febrero, que canaliza orgánicamente esta actividad profesional, que por sus características, su acceso y ejercicio están sujetos, por una parte, a una titulación y, por otra, a la colegiación obligatoria, dichas condiciones tienen efectos jurídicos diferenciados, que pueden estar o no relacionados entre sí, es decir, una cosa es la regulación de la profesión y otra es la colegiación obligatoria./ En el caso de los delineantes, la regulación de la profesión, entendiéndose por tal que el acceso y el ejercicio de la misma está sujeto a una titulación o cualificación profesional, está recogida por la legislación vigente, mediante el Real Decreto 1396/1995, de 4 de agosto, por el que se regula un Segundo Sistema General de Reconocimiento de Formaciones Profesionales de los Estados Miembros de la Unión Europea y de los demás Estados Signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y se complementa lo establecido en el Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre./ Ratificado en la actualidad en el anexo VIII del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2005/36/CE y 2006/100/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, donde está establecida la profesión de delineante como profesión regulada, así mismo en su artículo 4 define la profesión regulada como 'la actividad o conjunto de actividades profesionales para cuyo acceso, ejercicio o modalidad de ejercicio que se exija, de manera directa o indirecta, estar en posesión de determinadas cualificaciones profesionales, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas'./ El Estatuto Básico del Empleado Público y la normativa que lo desarrolla, en el ámbito de las titulaciones exigibles para el acceso al empleo público de profesiones o actividades no reguladas o especializadas, estipula que los títulos exigibles en el antiguo Grupo 'C', que las titulaciones exigibles eran las de bachiller o las de formación profesional de segundo grado, estos títulos se declaran equivalentes a efectos académicos y no a efectos profesionales./ El acceso y ejercicio a la profesión de delineante está sujeto a una titulación oficial habilitante, dicha titulación exigible tiene efectos académicos y profesionales, a diferencia del título de bachiller que no tiene efectos profesionales sino

académicos, sin perjuicio de la colegiación obligatoria, que, en el caso de los delineantes que presten sus servicios como funcionarios en la Administración Pública que estén exentos de esta condición, pero no de la posesión de la titulación o cualificación profesional correspondiente, en consecuencia no se puede invocar que la no obligación de la colegiación exima de la titulación profesional habilitante, que en ningún caso puede ser la de bachiller ni la de formación profesional de la rama especialidad ajena a los delineantes, ya no sólo por los motivos expuestos, sino también por el grado de especialización que dicha actividad requiere, por lo que se conforma como profesión regulada./ Una cosa es la regulación de la profesión y otra diferente la colegiación obligatoria, si bien, de acuerdo con la doctrina establecida por nuestro ordenamiento jurídico, para que una profesión tenga la consideración en puridad de colegiada, debe de estar antes regulada, de igual forma una profesión regulada no necesariamente debe ser colegiada”.

26. El día 22 de abril de 2010, el Secretario, “por delegación”, propone “la declaración como nulo de pleno derecho (del) procedimiento de selección para el acceso a la función pública del funcionario (...), ante el incumplimiento de uno de los requisitos básicos para el acceso, como lo es la falta de titulación específica para el desempeño del puesto de delineante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 30/92 (...), particularmente lo previsto en sus apartados d) y f)”.

Como fundamentos jurídicos cita, entre otros, los “artículos 55 y 56 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que disponen la necesidad de poseer la titulación exigida para participar en los procesos selectivos (...); el artículo 123.1.I) de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, al respecto de la competencia del Pleno para la revisión de oficio”, y “el Decreto (2)224/85, de 20 de noviembre, (en el que se) establecía, en su artículo 2, como uno de los requisitos básicos para el acceso a la función pública, estar en posesión de la titulación exigida, es decir, en este caso de título habilitante para el desempeño de la profesión de

delineante”; destacando, frente a las alegaciones del interesado, que “sí existía” dicha titulación en la fecha de celebración del proceso selectivo, según “los informes del Colegio Oficial de Delineantes y Técnicos Superiores del Principado de Asturias”.

27. En este estado de tramitación, mediante escrito en el que no consta fecha, aunque registrado de salida en el Ayuntamiento de Cangas del Narcea el 20 de abril de 2010, recibido en el registro de este órgano el día 28 del mismo mes, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento “para declaración de nulidad de relación funcional”, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra I), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra I), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Cangas del Narcea, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), el Ayuntamiento de Cangas del Narcea se halla debidamente legitimado en cuanto

autor del acto cuya declaración de nulidad es objeto de este procedimiento de revisión de oficio.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 102.1 de la LRJPAC dispone que “Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (...), 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”. No obstante, el artículo 106 de la referida Ley establece que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada “cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

En el supuesto que analizamos, el procedimiento dirigido a declarar “nulo de pleno derecho el procedimiento de selección para el acceso a la función pública de (un) funcionario” se incoa casi veintitrés años después de haber tenido lugar su nombramiento. En ese tiempo, la Administración, que conocía desde 1986 cuál era el título aportado por el interesado antes de la toma de posesión, y que no acordó hasta el 5 de noviembre de 2009 iniciar el procedimiento para declarar la nulidad del nombramiento por esta causa, ha generado en el empleado público la legítima confianza de que su nombramiento como delineante municipal era perfectamente válido. En esta creencia debía encontrarse con toda lógica el interesado cuando, a pesar de las dudas recurrentes de quien actúa como Secretario de la Corporación acerca de la insuficiencia de la titulación aportada por el funcionario, que desembocaban en sucesivos requerimientos para que aportara un título específico, no sólo no se iniciaba un procedimiento para la declaración de nulidad de su nombramiento, sino que se le encomendaban funciones de sustitución del Aparejador Municipal, así como otras “de especial dedicación y conocimiento propias de la arquitectura”, según consta en el expediente.

Por esta razón, el ejercicio de la facultad de revisión pretendida resulta contrario, de forma evidente, a los principios de equidad y de buena fe, límites

que el artículo 106 de la LRJPAC impone a la potestad que tiene la Administración para declarar de oficio la nulidad de un acto administrativo. La exclusión legal de la acción revisora en un caso como el sometido a consulta es patente, incluso aunque hubiera concurrido una causa justificada de nulidad, lo que, como expondremos en la consideración jurídica quinta, tampoco sucede en este caso.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que éste se configura como un instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de examinar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En tal sentido, debemos comenzar por analizar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio. La LRJPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a hacer una referencia al “órgano competente”. En consecuencia, tratándose de una entidad local, hemos de acudir al régimen establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), y en su normativa de desarrollo. En concreto, el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (en adelante ROF), atribuye la competencia al órgano municipal respectivo en relación con sus propios actos, estableciendo que, sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la LRBRL, “los órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos en los términos y con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”. Todo ello, dejando al margen las concretas previsiones que se establecen en el título X de la LRBRL respecto de los municipios de gran población, entre los que no se cuenta el de Cangas del Narcea, pese a que tal consideración pudiera erróneamente deducirse del título competencial -artículo 123.1.I) LRBRL-

consignado tanto en el Acuerdo del Pleno de fecha 25 de febrero de 2010, por el que se inicia el procedimiento de revisión de oficio, como en el informe de 22 de febrero de 2010 y en la propuesta de resolución que se suscriben por “delegación” del Secretario municipal.

En el curso del procedimiento, el acto cuya revisión se pretende se identifica de forma confusa y variable. En efecto, mientras el acuerdo de inicio del procedimiento de revisión y la propuesta se refieren no a un acto, sino al “procedimiento de selección para el acceso a la función pública del funcionario”, el informe fechado el 22 de febrero de 2010 y la solicitud de dictamen dirigida a este Consejo apuntan a la “relación funcional” como objeto del procedimiento de revisión de oficio. No obstante, el título competencial aducido por equivocación, al que antes nos hemos referido, nos sitúa sobre la pista de que lo que se pretende revisar es un acto del Pleno.

Consta en el expediente que analizamos que en el procedimiento que culminó en la toma de posesión del delineante municipal se adoptaron dos acuerdos por el Pleno de la entidad: el primero, de fecha 20 de diciembre de 1985, relativo a la aprobación de las bases que han de regir la convocatoria, y el segundo, de 8 de mayo del año siguiente, procediendo al nombramiento.

De la causa que justifica la incoación del procedimiento, que es, según mencionan los diversos documentos incorporados al expediente, la consideración de que concurre “el incumplimiento de uno de los requisitos básicos para el acceso, como lo es la falta de titulación específica para el desempeño del puesto de delineante”, cabe deducir que el acuerdo del Pleno cuya revisión se pretende no es el de aprobación de las bases, sino el de nombramiento del funcionario.

Aunque la competencia para acordar el nombramiento de los funcionarios de la Corporación correspondía en 1986, al igual que en la actualidad, al Alcalde y no al Pleno de la entidad -artículo 21.1.h) de la LRBRL-, lo cierto es que, en este caso, dejando al margen la irregularidad que supone la asunción por el Pleno de una función propia de la Alcaldía, la regla competencial antes citada establecida en el ROF nos conduce a considerar que, acordado el nombramiento

por el Pleno, procede que sea este órgano, en cuanto autor de facto del mismo, quien se pronuncie sobre su revisión de oficio.

Por lo que respecta a la tramitación, se ha elaborado una propuesta de resolución que, pese a ser excesivamente parca y con cita de fundamentos jurídicos no siempre acertados, responde a la obligación legal de motivación impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 54.1.b) de la LRJPAC.

No obstante, en lo que atañe a la instrucción del procedimiento, advertimos diversas irregularidades. En primer lugar, la instrucción es asumida, sin que el expediente refleje en modo alguno su designación formal al efecto, por un funcionario que actúa “por delegación” de la Secretaría municipal, sin que conste que tal plaza esté provista, ni que su titular le haya delegado competencia alguna.

En todo caso, la asunción de las funciones de Secretaría en virtud de delegación constituye una fórmula que no autoriza el ordenamiento jurídico para la cobertura de los puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional. En este sentido, el Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, relativo a la provisión de puestos de la Administración local reservados a funcionarios de esta clase, únicamente prevé, como último recurso, en los supuestos en que no resulte posible la cobertura de las plazas con habilitados de carácter nacional mediante nombramientos provisionales, acumulaciones y comisiones de servicios, la cobertura de las plazas a través del “nombramiento accidental” de uno de los funcionarios de la entidad “suficientemente capacitado” -artículo 33- o mediante el nombramiento, con respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, de un “funcionario interino” que “esté en posesión de la titulación exigida para el acceso a la subescala y categoría a la que pertenece” -artículo 34-. Todo ello, sin perjuicio de la garantía del desempeño de tales funciones públicas, que corresponde al Principado de Asturias, en tanto Comunidad Autónoma uniprovincial, de acuerdo con lo señalado en los artículos 26.3 y 40 de la LRBRL y en el artículo 5 del Real Decreto 1732/1994, ya citado.

Asimismo, apreciamos que en la tramitación del procedimiento se ha alterado el orden legalmente establecido para la práctica de las actuaciones que lo integran, de tal forma que la celebración del trámite de audiencia tiene lugar inmediatamente después de la iniciación del procedimiento, esto es, antes de la instrucción, en contra de lo señalado en el artículo 84.1 de la LRJPAC, a cuyo tenor la práctica de dicho trámite ha de tener lugar una vez “Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución”. El orden secuencial del procedimiento establecido en la Ley no constituye una vana formalidad; al contrario, responde al propósito de permitir a los interesados el conocimiento de todos los hechos, fundamentos, pruebas e informes que la Administración tendrá en cuenta al dictar la resolución que ponga fin a aquél, al objeto de facilitarles unas posibilidades reales, y no meramente teóricas, de defensa.

Observamos, además, que en la audiencia no se ha puesto formalmente de manifiesto el expediente instruido al interesado, dándole traslado únicamente del acuerdo de iniciación, a pesar de que dicho trámite conlleva, de conformidad con lo establecido en el artículo 84.1 de la LRJPAC citado, y con la finalidad antes indicada, no sólo la concesión de la posibilidad de formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que la parte estime pertinentes, sino también la previa puesta de manifiesto de todo el expediente al interesado o a su representante, con la única excepción de aquella parte del mismo que afecte a informaciones y datos a los que se refiere el artículo 37.5 de la citada Ley.

Cuando se priva al interesado de la posibilidad de conocer el expediente instruido pueden limitarse sus posibilidades de defensa, por lo que dicha omisión es susceptible de originar la anulación de lo actuado en el procedimiento.

Ahora bien, tal y como hemos señalado en dictámenes anteriores, el trámite de audiencia no es un mero rito formalista y sí una medida práctica al servicio de un concreto objetivo, el de posibilitar a los afectados en el procedimiento el ejercicio de todos los medios disponibles para la defensa de su derecho; por tanto, la anulabilidad de las actuaciones que acarrea la omisión de

aquel trámite queda supeditada a que la misma pueda dar lugar a la indefensión material y efectiva de la parte.

En el caso que analizamos no se ha dado a la parte la oportunidad de conocer el contenido de los informes del Decano-Presidente del Colegio Oficial de Delineantes y Técnicos Superiores del Principado de Asturias y del Asesor Técnico de Colegios Profesionales de Delineantes; tampoco el de los elaborados por el “instructor” del procedimiento, ni el del emitido por la editorial jurídica, cuyo sentido se ha predeterminado al formular la consulta, dando por cierto que “se exigía, entre otros documentos, la presentación del correspondiente Título Oficial de Delineante (...) y a fecha de hoy se ha constatado que el funcionario en cuestión no dispone del señalado Título, pues nunca lo obtuvo”.

Pese a la extraordinaria gravedad de tal proceder administrativo, mediante el que se priva al interesado del conocimiento del expediente, los argumentos contenidos en los citados informes no son determinantes de los razonamientos y conclusión a que llega la propuesta de resolución, que se limita a reiterar la idea de partida, ya reflejada en el acuerdo de incoación conocido por el interesado, conforme a la cual procede la revisión de oficio al no haberse aportado por parte del funcionario interesado la titulación que la Administración considera requisito “indispensable” para el “desempeño del puesto de trabajo”, esto es, el “título de delineante”. Respecto de esta titulación, la propuesta de resolución se limita a precisar, frente a las alegaciones del interesado, que “sí existía” en la fecha de celebración del proceso selectivo, según “los informes del Colegio Oficial de Delineantes y Técnicos Superiores del Principado de Asturias”, y puesto que la solución del asunto no se reduce a si en 1986 existía o no titulación específica en el ámbito de la delineación, como veremos en la siguiente consideración, hemos de entender que la omisión del verdadero trámite de audiencia, a pesar de su gravedad, no exige, dadas las circunstancias concurrentes, la retroacción de actuaciones, ya que la indefensión generada no es insubsanable.

Asimismo, hemos de señalar que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar al interesado, en los términos de lo dispuesto en el

artículo 42.4 de la LRJPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Igualmente, no consta que el Ayuntamiento, pese al tiempo transcurrido, haya resuelto expresamente el recurso de reposición interpuesto por el interesado frente al Acuerdo del Pleno por el que se inicia el procedimiento de revisión de oficio, sin que el escrito remitido el 16 de diciembre de 2009 por el Alcalde cumpla las condiciones competenciales ni procedimentales legalmente exigibles.

Por último, advertimos que el Ayuntamiento ha adoptado, junto con la incoación del procedimiento, una medida cautelar consistente en la suspensión del funcionario, con la consiguiente privación de retribuciones.

Si bien el artículo 104 de la LRJPAC faculta, una vez iniciado el procedimiento de revisión de oficio, al órgano competente para resolver para suspender la ejecución del acto que se estima nulo, el ejercicio de esta potestad se encuentra condicionado a que la continuidad en la ejecución “pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación”. La apreciación de que tal circunstancia habilitante concurre, máxime en supuestos como el que nos ocupa, en los que las consecuencias de la suspensión pueden ser extraordinariamente lesivas, debe ser escrupulosamente justificada y motivada, expresando los perjuicios que pudieran derivarse de la continuidad de la ejecución del acto y justificando la dificultad o imposibilidad de su reparación. Tal motivación no sólo brilla por su ausencia, sino que se opone frontalmente al pacífico desempeño de las funciones propias por parte del delineante durante 23 años. En el acuerdo de incoación de 5 de noviembre de 2009, en el que se decide adoptar tal suspensión como “medida cautelar”, y en el posterior de fecha 25 de febrero de 2010, en el que se confirma aquélla, tras haber caducado el primer procedimiento iniciado, el órgano actuante se limita a afirmar que la medida es “proporcional a los hechos acontecidos”, sin expresar siquiera las razones en las que se funda tal apreciación. No se explicitan tampoco qué perjuicios podrían derivarse de la continuidad en el ejercicio de sus funciones durante la tramitación del procedimiento de revisión de oficio por parte del delineante, ni se

justifica en qué medida tales perjuicios son de imposible o difícil reparación. Por esta razón, la suspensión acordada carece de amparo legal y puede ser reputada de arbitraria, agravándose de manera notable por la demora en la tramitación del procedimiento inicial que origina la caducidad del mismo por causas imputables al Ayuntamiento instructor.

QUINTA.- Entrando ya en el fondo del asunto, hemos de comenzar por decir que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, constituye un procedimiento excepcional. Este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, bien por propia iniciativa o a solicitud de interesado, sin intervención judicial, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad. En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la interpretación de los supuestos objeto de revisión de oficio debe ser restrictiva; de lo contrario, perdería efectividad la garantía que entraña la diferenciación entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables y su sometimiento a regímenes jurídicos de anulación distintos.

En el supuesto ahora examinado, las causas en que se basa la revisión de oficio pretendida, como se explicita en la propuesta que se somete a nuestra consideración, son las de los “apartados d) y f)” del artículo 62.1 de la LRJPAC.

No obstante, en el momento de dictarse el acto cuya nulidad se pretende la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo estaba contenida no en la LRJPAC sino en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, la cual ha de ser, por elementales razones de seguridad jurídica, la norma de aplicación para determinar, en este caso, si concurre la causa de nulidad alegada, todo ello sin perjuicio de la aplicación de las normas procedimentales contenidas en la LRJPAC, de conformidad con lo establecido en el párrafo 3 de su disposición transitoria segunda.

Las causas de nulidad de los actos administrativos eran, durante la vigencia de la Ley de 1958, las contenidas en su artículo 47.1, a cuyo tenor, “Los actos de la Administración son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: /

a) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente./ b) Aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito./ c) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”.

Como puede fácilmente apreciarse, la total equiparación de contenidos entre este artículo y el 62.1 de la LRJPAC que pretende el instructor del procedimiento en su informe de 22 de febrero de 2010 no existe, pues en la Ley de 1958 no estaba expresamente contemplada una causa de nulidad equivalente a la de la letra f) del artículo 62.1 de la LRJPAC, esto es, la adquisición de facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

Teniendo en cuenta el contenido sustantivo de las causas de nulidad alegadas por la Administración y el derecho aplicable en el momento de dictarse el acto, únicamente cabría plantearse que éste fuera nulo por ser constitutivo de delito.

En relación con este asunto, advertimos que el Ayuntamiento denunció ante la Fiscalía la posible comisión por el funcionario en cuestión de un delito de ejercicio de profesión careciendo de titulación específica, decidiendo el Fiscal Superior del Principado de Asturias, antes del inicio del procedimiento de nulidad acordado por el Pleno el día 25 de febrero de 2010, el archivo de las diligencias previas instruidas al no apreciar la comisión de delito alguno. Pese a ello, la Administración inicia un expediente de revisión de oficio por dicho motivo, aun constándole que el órgano competente para apreciarlo consideró que no existía delito.

Es sabido que el delito que conlleva la nulidad de los actos administrativos ha de referirse al propio acto cuya nulidad se pretende, en este caso, al acuerdo del pleno por el que se nombró al delineante municipal. La ausencia de nulidad del nombramiento por esta causa resulta palmaria pues, como viene señalando el Tribunal Supremo en supuestos similares -por todas, Sentencia de 26 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª-, dado el

monopolio de la jurisdicción penal para calificar como delito la actividad de los agentes administrativos, la Administración, si no consta decisión alguna de aquel orden jurisdiccional al respecto, no puede declarar por sí misma que se ha cometido una infracción penal de la que derive la aplicación del artículo 62.1, letra d), de la LRJPAC (o el artículo 47.1.b) de la Ley de 1958) a los efectos de la revisión de oficio.

Lo anterior permite concluir a este Consejo que no se dan las causas de nulidad pretendidas, teniendo en cuenta la legislación aplicable, por lo que no procedería acordar la revisión de oficio, si la buena fe y la equidad no hubieran ya impedido ejercerla.

No obstante, puesto que la Administración cita como aplicables al supuesto examinado las causas de nulidad del artículo 62.1 de la LRJPAC, a las que se refiere la propuesta de resolución, hemos de señalar que si esta Ley hubiera resultado aplicable al supuesto que nos ocupa, la revisión de oficio tampoco sería procedente.

Ya hemos razonado que no concurre la nulidad del acto por causa de delito, a que se refiere la letra d) del artículo 62.1 de la LRJPAC en términos similares a los de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

Pero tampoco podría operar la segunda de las causas reflejadas en la propuesta de resolución, esto es, la de la letra f) del mismo artículo, en la que se establece la nulidad de los "actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición".

Como ya indicamos con ocasión de dictámenes anteriores, al aplicar este motivo debe distinguirse entre requisitos necesarios y requisitos esenciales para la adquisición de un derecho, reservando la nulidad absoluta únicamente para las carencias esenciales, ostensibles y manifiestas. En el caso que analizamos, no se da el carácter notorio e indiscutible del requisito, dado que la exigencia del título que se echa en falta no figura expresamente en las bases de la convocatoria, y la apreciación de su necesidad por el sedicente Secretario municipal exige de éste un cierto análisis normativo, a la postre errado.

Afirma la Administración que el requisito de estar en posesión del título oficial de delineante se encontraba establecido en las bases de la convocatoria, razonamiento al que el Alcalde añade, en el peculiar escrito de “contestación” al recurso de reposición del interesado, que la titulación específica de delineante para el desempeño de la plaza constituye un requisito exigible “por lógica”. Para justificar la iniciativa revisora emprendida, el Ayuntamiento se basa, además, en la respuesta a la consulta efectuada por quien desempeña de facto la Secretaría Municipal a una conocida revista especializada en derecho administrativo local. Sin embargo, como hemos dejado expuesto en la consideración anterior, la forma de plantear la pregunta predeterminaba la respuesta, al sostener en ella que “en las bases objeto de la convocatoria se exigía, entre otros documentos, la presentación del correspondiente Título Oficial de Delineante”, lo que no era cierto.

Basta con leer las bases de la convocatoria y el artículo 2 del Real Decreto 2224/1985, de 20 de noviembre, por el que se regula el Acceso a la Función Pública Local del Personal Contratado e Interino de las Corporaciones Locales, al que aquéllas remiten, para evidenciar, como coinciden en afirmar el interesado y el propio Fiscal Superior del Principado de Asturias, que la posesión del título al que el Ayuntamiento se refiere no resultaba en absoluto exigible.

Tal omisión en las bases aprobadas por la misma Administración que ahora pretende declarar la nulidad del nombramiento no puede suplirse veintitrés años después del ingreso mediante el razonamiento de que en el momento de convocar la plaza existían estudios profesionales orientados a la adquisición de las aptitudes necesarias para el desarrollo de la actividad de delineación, pues, como viene entendiendo la jurisprudencia que el propio recurrente no sólo cita sino que transcribe en el recurso de reposición, es en las bases de la convocatoria donde la Administración ha de concretar, si lo estima oportuno, y en el ejercicio de su potestad de organización, la titulación específica para el ingreso, teniendo en cuenta las necesidades del servicio y las funciones a desarrollar, de modo que no constando en ellas la exigencia de especialidad alguna no resulta posible suplir dicha omisión, ni siquiera recurriendo a una

supuesta titulación "lógica" para el desempeño de las funciones de delineante.

Por otra parte, bastaba examinar la práctica administrativa en fechas próximas a la convocatoria que analizamos para constatar que la Administración admitía el acceso a los Cuerpos de Delineantes exigiendo el título de "Bachiller Superior". Así, por ejemplo, el artículo 8 del Reglamento del Cuerpo Especial de Delineantes de Obras Públicas, aprobado por Real Decreto 1167/1977, de 1 de abril, establecía los requisitos para ser admitido a las pruebas selectivas de ingreso al Cuerpo, precisando en el apartado c) el de "Estar en posesión del título de Bachiller Superior, o titulación asimilada formalmente (...)"; e incluso admitía la concurrencia a las pruebas selectivas de quienes, sin reunir el requisito anterior, hubieran concurrido a las pruebas selectivas convocadas con anterioridad a su entrada en vigor (disposición transitoria 2). Es cierto que por Ley 31/1979, de 8 de noviembre, se amortizaron las plazas de este Cuerpo Especial y se creó el Cuerpo de Delineantes de Obras Públicas y Urbanismo, pero el Real Decreto 1878/1980, de 29 de agosto, declaró aplicable al nuevo Cuerpo el Reglamento aprobado por el Real Decreto 1167/1977.

Análogamente, los artículos 4.2 y 5.4.c) del Reglamento del Cuerpo de Delineantes del Ministerio de Hacienda, aprobado por Real Decreto 1882/1979, de 29 de junio, exigían "cualquiera de los títulos de Técnico Especialista Delineante, segundo grado; Bachiller Superior o equivalente" para acceder a las pruebas selectivas de ingreso en el Cuerpo. De igual manera, en 1989, las bases de la convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Delineantes de Obras Públicas (Resolución de 19 de abril de 1989, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública) exigían la titulación de "Bachiller, Formación Profesional de Segundo Grado y equivalentes".

En tiempos más recientes, en la resolución de los recursos interpuestos sistemáticamente por los Colegios Oficiales de Delineantes frente a las convocatorias de plazas para el ingreso en los cuerpos de delineantes en las que se permite el acceso de quienes están en posesión del título de Bachiller, tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional vienen amparando las tesis del funcionario interesado, esto es, la conformidad a derecho de tal requisito de

titulación para el ingreso. En palabras de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), que la parte transcribe, asimismo, en el escrito de reposición, cuya resolución no consta, el hecho de que las bases de las convocatorias permitan el acceso a aspirantes en posesión de aquel título resulta “plenamente conforme con el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, que establecía que los Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías de funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas se agruparán, de acuerdo con la titulación exigida para su ingreso en diversos grupos, entre los que se encuentra el `... Grupo C, Título de Bachiller, Formación Profesional de segundo grado o equivalente...´”.

Tal consideración tampoco resulta alterada si se analiza la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público, actualmente vigente, en cuyo artículo 76, relativo a los grupos de clasificación profesional, se establece que la titulación exigida para el ingreso en el Subgrupo C1, equivalente según la disposición transitoria tercera de la misma norma al antiguo Grupo C, es la de “bachiller o técnico”, de forma que incluso las convocatorias de plazas aprobadas tras la Ley 7/2007, como la contenida en la Orden EHA/1191/2008, de 16 de abril, por la que se convoca proceso selectivo para ingreso, por el sistema de acceso libre, en el Cuerpo de Delineantes de la Administración del Estado -BOE de 29 de abril de 2008- posibilitan el acceso a quienes estén en posesión de los títulos de “Bachiller-LOE, Bachiller-LOGSE, Bachillerato Unificado Polivalente, Bachiller Superior, Técnico, o tener aprobadas las pruebas de acceso a la Universidad para mayores de veinticinco años”.

A mayor abundamiento, no puede afirmarse que la profesión de delineante constituya una profesión titulada cuyo ejercicio se reserve a quienes estén en posesión de títulos académicos o estudios superiores específicos, al margen de la obligatoriedad de colegiación, de la que se encuentran además exonerados los funcionarios públicos que realicen sus actividades exclusivamente al servicio de la Administración, de conformidad con lo establecido en el artículo 13, letra a), del Decreto 3306/1978, de 15 de diciembre, por el que se aprueban

los Estatutos de los Colegios Profesionales de Delineantes.

Frente a las afirmaciones contenidas en los informes del Colegio Profesional que se incorporan al expediente, y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, una cosa es crear un colegio profesional y otra muy distinta configurar como titulada una profesión; actividad esta última que se encuentra reservada a la ley, según el artículo 36 de la Constitución, y más concretamente a la Ley estatal, en los términos del artículo 149.1.30ª de la misma norma. Tal estricta reserva de ley en la materia determina la imposibilidad de considerar que una profesión tiene la consideración de titulada atendiendo a meros indicios como serían la existencia de un colegio profesional, su regulación, o la existencia de previsiones sobre el título constitutivo de la cualificación profesional que no alcancen a integrar una reserva del ejercicio de determinadas profesiones a la posesión de unos concretos títulos académicos. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha afirmado en la Sentencia 330/1994, de 15 de diciembre, entre otras, que “el cumplimiento de ciertos requisitos para poder ejercer una determinada actividad profesional es cosa distinta de la creación y ejercicio de una profesión titulada” y que “regular una actividad no es, forzosamente, regular una profesión y menos aún regular la organización corporativa de unos determinados profesionales”.

Esta tesis es plenamente asumida por el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales, así como a determinados Aspectos del Ejercicio de la Profesión de Abogado, mediante el cual se derogan, entre otras disposiciones, los Reales Decretos 1665/1991, de 25 de octubre, y 1396/1995, de 4 de agosto, a los que el Asesor Técnico de Colegios Profesionales de Delineantes se refiere en su informe de 29 de marzo de 2010 como “legislación vigente”.

En el anexo VIII del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, actualmente en vigor, en el que se efectúa una “relación de profesiones y

actividades a efectos de la aplicación del sistema de reconocimiento de cualificaciones regulado en este real decreto”, se menciona efectivamente la de “Delineante”, pero ello no quiere decir que la de delineante sea, en puridad, una profesión titulada. Como se ocupa de precisar la propia norma en su parte expositiva, puesto que “el conjunto de profesiones y actividades consideradas reguladas en los anexos VIII, IX y X, lo son a los solos efectos de la aplicación del sistema de reconocimiento de cualificaciones, esta declaración no tiene otros efectos fuera de este ámbito”. A lo anterior se añade que “la mera creación de un título oficial relacionado con un determinado ámbito profesional, o incluso la existencia, en dicho ámbito, de un Colegio Profesional, no ha de implicar por sí misma que esa profesión haya de considerarse regulada”, de forma que, sólo cuando “razones de interés social aconsejen acometer la regulación y ordenación de una determinada profesión o actividad profesional, será el legislador quien delimite las diferentes atribuciones que le son propias y, en su caso, su vinculación con la posesión de un determinado título oficial”.

Más recientemente, en la medida en que incluso la colegiación obligatoria implica una restricción al ejercicio de la actividad profesional, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de Modificación de Diversas Leyes para su Adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, ha contemplado la revisión de las profesiones para cuyo ejercicio la colegiación haya de ser obligatoria. A esta cuestión, que analiza asimismo el Fiscal Superior del Principado de Asturias en el Decreto de archivo de las diligencias previas que obra en el expediente, se refiere la disposición transitoria cuarta de dicha Ley, a cuyo tenor “en el plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley que determine las profesiones para cuyo ejercicio es obligatoria la colegiación”.

Por todo ello, ha de concluirse que, de acuerdo con las bases aprobadas para regir la convocatoria y la legislación aplicable, el título de Bachiller Superior aportado en su día por el interesado resultaba perfectamente válido y admisible para el ingreso en la función pública, por lo que ninguna tacha de nulidad cabría

efectuar a la relación funcional por esta causa.

En definitiva, este Consejo estima que el ejercicio de las facultades de revisión resulta contrario, en este caso, a lo señalado en el artículo 106 de la LRJPAC, y que no concurre ninguna de las causas de nulidad invocadas por el Ayuntamiento de Cangas del Narcea. Por ello, y por su misma improcedencia, ya referida, han de dejarse sin efecto las medidas cautelares adoptadas, reintegrando al funcionario municipal a su puesto de trabajo, sin detrimento de las restantes consecuencias que legalmente procedan frente a los perjuicios que de tales medidas hubieran podido derivarse.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede revisar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho del nombramiento sometido a nuestra consulta, con los efectos indicados en el cuerpo de este dictamen.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE CANGAS DEL NARCEA.