

REFC

REVISTA ESPAÑOLA DE LA

Función Consultiva

SEPARATA

Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana



- Estudios
-
- Doctrina comparada
-
- Dictámenes
-
- Jurisprudencia
-
- Bibliografía
-
- Normativa
-
- Información institucional

Enero/Junio
2012
nº 17

ISSN: 1698-6849

CONSEJO ASESOR

Excmo. Sr. D. José Manuel Romay Beccaría
Presidente del Consejo de Estado

Hble. Sr. D. Joan Egea Fernández
Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalidad de Cataluña

Excmo. Sr. D. Tomàs Font i Llovet
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña

Excmo. Sr. D. Carlos Millán Hernández
Presidente del Consejo Consultivo de Canarias

Hnble. Sr. D. Rafael Perera Mezquida
Presidente del Consejo Consultivo de las Illes Balears

Excmo. Sr. D. Juan B. Cano Bueso
Presidente del Consejo Consultivo de Andalucía

Hnble. Sr. D. Vicente Garrido Mayol
Presidente del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana

Excmo. Sr. D. Ramón Salanova Alcalde
Presidente del Consejo Consultivo de Aragón

Excmo. Sr. D. Joaquín Espert Pérez-Caballero
Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja

Excma. Sra. D.ª María Teresa Conde-Pumpido Tourón
Presidenta del Consejo Consultivo de Galicia

Excmo. Sr. D. Emilio Sanz Sánchez
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Excmo. Sr. D. Mariano García Canales
Presidente del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

Excmo. Sr. D. Euegnio Simón Acosta
Presidente del Consejo de Navarra

Ilma. Sr. D. Sabino Torre Díez
Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi

Excma. Sra. D.ª Rosa Elena Muñoz Blanco
Presidenta del Consejo Consultivo de Extremadura

Excmo. Sr. D. Mario Amilivia González
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León

Excmo. Sr. D. Bernardo Fernández Pérez
Presidente del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

Excmo. Sr. D. Mariano Zabía Lasala
Presidente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTOR

Vicente Garrido Mayol

Miguel Mira Ribera, José Díez Cuquerella, Joan Ignasi Pla i Durà, Maria Luisa Mediavilla Cruz, Enrique F. Fliquete Lliso, Francisco Camps Ortiz, Federico Fernández Roldán, Miguel Pastor López, Vicente Cuñat Edo, Alberto Jarabo Calatayud, Ana Castellano Vilar.

Secretario

Fernando García Mengual

El Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana no se responsabiliza de las posiciones mantenidas o vertidas por los colaboradores de la REFC, que son, en consecuencia estrictamente personales.

Revista Española de la

FUNCIÓN CONSULTIVA

17

ENERO - JUNIO

2012



Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Edita: *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

Producción gráfica: *Guada Litografía, S.L.*

Maquetación: *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

ISSN: 1698-6849

Depósito Legal: *V-4523-2004*

SUMARIO

Presentación	13
---------------------	----

XIV Jornadas de la Función Consultiva

Crónica de las Jornadas

Discurso Inaugural	
Rosa Elena Muñoz Blanco	19
Discurso de Clausura	
José Antonio Monago Terraza	27

Estudios

I) Jornadas de la Función Consultiva de Extremadura

JOSÉ MANUEL ROMAY BECCARÍA. <i>Informe del Consejo de Estado sobre la Reforma Constitucional</i>	31
AMAIA ORTIZ CABEZAS. <i>La crisis económica y consecuencias sobre el modelo de Estado</i>	43
JUAN CANO BUESO. <i>Autonomía política y derechos sociales</i>	51
VICENTE GARRIDO MAYOL. <i>La crisis económica y el mito de las duplicidades</i>	63
MARÍA TERESA CONDE-PUMPIDO TOURÓN. <i>La crisis y el modelo de Estado</i>	69
VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA. <i>Las funciones cuasi-jurisdiccionales de los Consejos Consultivos Autonómicos: el ejemplo extremeño ..</i>	75

II) Estudios recibidos

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ. <i>Tutela jurisdiccional y tutela administrativa de Derechos fundamentales: observaciones de los órganos consultivos con motivo de la revisión de oficio de actos nulos</i>	93
---	----

Doctrina de los Consejos Consultivos

La revisión de oficio de los actos nulos por infracción de derechos fundamentales

Consejo de Estado	
Rosa M ^a Collado Martínez	111
Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña	
Cristina Figueras Bosch.....	147
Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana	
Enrique Fliquete Liso	161
Consejo Consultivo de Galicia	
María José Quintana Acebo	171
Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha	
María Joaquina Guerrero Sanz	185
Consejo Jurídico de la Región de Murcia	
Luis A. Gálvez Muñoz.....	201

Dictámenes

CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS DE CATALUÑA

Dictamen 6/2012, de 1 de junio, emitido con carácter previo a la interposición ante el Tribunal Constitucional de un recurso de inconstitucionalidad, sobre el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones	257
--	-----

CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ILLES BALEARS

Dictamen 13/2012, de 14 de marzo, relativo al proyecto de Decreto por el que se regula el <i>Bulletí Oficial de les Illes Balears</i>	329
Nota al dictamen	
Irene Espuey Servera	337

CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA

Dictamen 71/2011, de 10 de noviembre, sobre la cuantía exigible para la emisión preceptiva de dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración.....	343
---	-----

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

Dictamen 18/2012, sobre la consulta relativa al proyecto de Decreto de segunda modificación del Decreto por el que se establecen los horarios de los espectáculos públicos y actividades recreativas y otros aspectos relativos a estas actividades en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco	369
--	-----

Dictamen 33/2012, relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por luna mercantil como consecuencia de la aplicación a su explotación de la	
--	--

Ley 1/2010, de 11 de marzo, de Conservación de la Naturaleza del País Vasco	387
---	-----

Jurisprudencia

La reiteración de la consulta al órgano consultivo: comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 y de 21 de mayo de 2013 Fernando García Mengual	407
--	-----

Notas Bibliográficas

Recensión de « <i>Sistemi aeroportuali tra concorrenza complementarietà</i> », de Elisa Borghi. Remedio Sánchez Ferriz	419
Acerca del cambio «de» y no «en» el Estatut: una reflexión al hilo de « <i>Comentarios al Estatuto de Autnomía de la Comunitat Valenciana</i> » Marta Pérez Gabaldón	423

Normas de los Consejos Consultivos

CONSEJO CONSULTIVO DE ARAGÓN <i>Ley 4/2013, de 23 de mayo, por la que se modifica la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón</i>	445
--	-----

Información institucional

Consejo Consultivo de Canarias	449
Consejo Jurídico de la Región de Andalucía	449
Consejo Consultivo de Galicia	450
Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha	450
Comisión Jurídica Asesora de Euskadi	451
Consejo Consultivo de Extremadura	451

Autores

Consejo de Redacción

Instrucciones a los autores

Boletín de suscripción

CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Enrique Fliquete Lliso

*Consejero del Consejo Jurídico
Consultivo de la Comunitat Valenciana*

LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS NULOS POR INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: DOCTRINA DEL CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA

El artículo 102 de la Ley 30/1992 establece, en su párrafo primero, que *«Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previa dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, 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 el artículo 62.1»*.

Este Consejo ha señalado en reiterados dictámenes que la revisión de oficio *«constituye una vía excepcional para privar de eficacia a los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo. La revisión de oficio por causa de nulidad radical, al constituir una medida tan drástica, obliga a que las causas expresamente tasadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, sean objeto de una interpretación estricta»* (Dictamen 246/2001, entre otros). La remisión que efectúa el art. 102 al 62.1 de la Ley 30/1992, conduce al análisis pormenorizado de causas de nulidad tasadas, y previstas en el citado art. 62. En su apartado 1, a), sanciona con la nulidad de pleno derecho de los actos de las Administraciones públicas que *«lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional»*.

Del análisis de la doctrina de este Consejo, respecto a la causa de nulidad del art. 61.1.a), se advierte una inicial peculiaridad: el reducido número de asuntos sometidos a dictamen, respecto a otras causas de nulidad de pleno derecho, y también con referencia al número total de dictámenes evacuados. Las razones de tan reducidos pronunciamientos se encuentran en la limitada invocación de tal causa de nulidad del acto en sede administrativa. La función consultiva se constriñe al examen de la causa de nulidad invocada en el expediente remitido, y por ello, no cabe sino afirmar que los procedimientos de revisión por nulidad de pleno derecho del acto, no están, de ordinario, basados en la causa del 61.1.a).

El procedimiento de revisión por nulidad de pleno derecho, tal y como se formula en la Ley 30/1992, determina la posición prevalente de la Administración en

cuanto a la tramitación, examen y resolución de las causas de nulidad. Si bien es cierto que es pacífica la jurisprudencia y la doctrina de este Consejo, respecto a la exigibilidad de apertura del expediente de revisión a instancia de parte, no es menos cierto que la Administración tiene la plena disposición sobre su trámite y resolución. Así, como se indica en nuestros Dictámenes 219/2000 y 246/2001 *«La jurisprudencia ha calificado la petición de revisión de oficio de los actos administrativos impugnados como verdadera y propia acción de nulidad, constituyendo un medio impugnatorio que puede ejercitarse en cualquier momento y que no resulta sujeto a plazo preclusivo alguno, vinculando a la Administración autora de los actos a iniciar un procedimiento de revisión, tramitarlo y resolverlo en forma expresa tras recabar preceptivamente el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma»*.

La excepcionalidad de la invocación de la causa del art. 62.1.a), podría encontrarse en varios motivos: el respeto de la Administración por los derechos fundamentales; la escasa incidencia de la actuación de la Administración en el ámbito de tales derechos y libertades; la voluntad de la Administración por evitar un reconocimiento expreso de que sus actos han vulnerado derechos fundamentales. Pero más bien, el examen de los dictámenes evacuados por éste Consejo conduce a establecer que la excepcionalidad se debe a la ausencia de invocación por parte de los administrados de la vulneración de sus derechos fundamentales. Dicho motivo de nulidad, se subordina a otros de alegación más común, y tal vez, más cercanos a la realidad de la Administración en su relación con los administrados. Unido a ello, se encontraría la complejidad de la fundamentación de la causa de nulidad del art. 62.1.a), que requiere de un examen del contenido del derecho fundamental, la incidencia de la presunta vulneración en la virtualidad del acto y de la prueba de la vulneración.

Otro factor a tener en cuenta, a efecto de advertir cual es el motivo de la afirmada excepcionalidad, sería el carácter residual y extraordinario del procedimiento de revisión. La revisión, desde el tenor del art. 102 de la Ley 30/1992, solo es posible contra los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o los que no hayan sido recurridos en plazo. La vulneración de derechos fundamentales, como infracción muy cualificada del acto administrativo, explicita la denuncia de un actuar de la Administración que omitiría el respeto a los mínimos esenciales en un Estado de Derecho.

La trasgresión de derechos fundamentales supera todo estándar común y razonable de aceptación sin una reacción por parte del administrado respecto a los actos administrativos, y no requiere de un conocimiento preciso del ordenamiento para advertir de la existencia de la lesión. La percepción de la lesión y su visibilidad, por ello, conduce a que ésta sea objeto de alegación en el expediente administrativo origen de la lesión, y que, asimismo, pueda fundar la acción impugnatoria en vía de recurso en sede jurisdiccional. Se trataría, por tanto, de un motivo de alegación que se explicitaría, mas propiamente, contra el acto no firme.

En los supuestos de nulidad por la vulneración de derechos, siempre existe un particular ajeno a la Administración, que ha visto conculcados sus derechos por la actuación de la administración. La infracción se puede producir en el acto administrativo resolutorio del procedimiento, y también en el contenido material de la pretensión (del ciudadano o de la administración) que inicia la actuación administrativa (son supuestos comunes de invocación los propios de la potestad sancionadora) y por los defectos de tramitación del expediente administrativo con incidencia en la esfera de los derechos fundamentales del administrado.

Se sitúan de esta forma los supuestos más comunes de infracción bien en el art. 25 C.E. por vulneración de los principios constitucionales del proceso sancionador –derecho a la presunción de inocencia, tipicidad, defensa, propios del procedimiento penal pero de plena aplicación a los procedimientos sancionadores– bien en los defectos procedimentales con incidencia en el art. 24 C.E. El tercero de los motivos de invocación se encuentra en el derecho del art. 23 C.E., por vulneración del acceso a la función pública o por perturbaciones en el ejercicio de ésta, ello en conexión con el derecho a la igualdad jurídica (14 C.E.). Sin perjuicio de supuestos de invocación errónea por el administrado de derechos que no son susceptibles de amparo constitucional.

La primera cuestión abordada por este Consejo, en orden a establecer la concurrencia de la causa de nulidad del art. 62.1.a), es precisamente, que se trate de una denuncia por la lesión en los derechos y libertades susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con el art. 53 Constitución, esto es, los contemplados en la Sección primera, Capítulo II, Título I, y artículos 14 y 30. Como indica el Dictamen 744/2009, *«no toda lesión de un derecho de los reconocidos en el Título I de la Constitución determina la nulidad de los actos administrativos causantes de aquélla. Los derechos y libertades protegidos con la sanción de nulidad son, como dice textualmente el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 –tanto en su redacción inicial como en la actual de 1999– “los susceptibles de amparo constitucional”»*.

De esta forma, este Consejo ha excluido la concurrencia de la causa de nulidad del art. 62.1.a) cuando se ha alegado derechos no incardinados entre los susceptibles de amparo. Ese el caso de la invocación del art. 33 de la Constitución, como derecho a la propiedad privada, que ha sido el objeto de varios pronunciamientos del Consejo (Dictámenes 541/2002, 543/2002, 289/2003, 658/2012). En ellos, se declara la improcedencia de la revisión del acto pues *«El derecho de propiedad que alega afectado por el acto cuya revisión se insta, como señala el mismo interesado está protegido por el artículo 33 de la Constitución, no siendo, por tanto, de los incluidos como susceptibles de amparo constitucional a tenor del artículo 53.2 de la Constitución, y tal como exige el artículo 62.1.a) citado. Por ello debe concluirse que no procede declarar la nulidad de la resolución»*.

La segunda cuestión que incumbe a este Consejo ante la denuncia de vulneración de derechos fundamentales, es la efectiva existencia de una lesión en tales derechos. El concepto de lesión, según el textual del art. 62.1.a), no se circunscribe al contenido esencial del derecho, sino que, siguiendo el art. 55.1 de la Ley Orgáni-

ca del Tribunal Constitucional, se extiende a aquellos actos que impiden el pleno ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en amparo. El objeto se traslada así a valorar si se ha producido una real y efectiva lesión del derecho fundamental. Así, en el Dictamen 70/2011, en un caso de infracción del derecho a la igualdad jurídica del art. 14, se decía «*Y en cuanto a la infracción del artículo 14, el interesado se limita a alegarlo, señalando que el principio de proporcionalidad es emanación del de igualdad, pero sin fundar ni acreditar en el supuesto en cuestión cual ha sido exactamente la desigualdad existente. Desigualdad cuya existencia no puede aducirse de manera genérica, sino que deberá ser precisada exactamente en el supuesto concreto en cuestión.*»

Igualmente, en el Dictamen 219/2000, no se apreció la vulneración del art. 23.2, en relación con el art. 14 de la Constitución, por cuanto, pese a la existencia de determinadas irregularidades en el procedimiento, no se produjo una lesión en el derecho fundamental invocado, pues el resultado del acto fue beneficioso para la reclamante: «*considera que la Resolución está incurso en vicio de nulidad radical, fundado en la causa a) del artículo 62.1 Ley 30/92, al lesionar derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, por ser contraria, según su escrito inicial, al derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas, reconocido en el artículo 23.2, en relación con el 14 de la Constitución. Pero la citada Resolución no perjudicó, sino que benefició, a la interesada, al adjudicarle un puesto de trabajo de nivel superior (28) al grado personal (26) que tenía consolidado.*»

Y por ello, la doctrina de este Consejo respecto a la causa de nulidad del art. 62.1.a, resulta eminentemente casuística, por hacer pender toda la resolución de la apreciación de los elementos fácticos –y dispares– que en cada supuesto concurren en orden a determinar la vulneración del derecho fundamental. Como se reitera en los dictámenes evacuados, «*El análisis de la cuestión requiere partir de los hechos que resultan de los documentos obrantes en el expediente*» para valorar si se ha producido una real y efectiva lesión del derecho fundamental.

Por otra parte, en orden a la adecuación de la causa de nulidad alegada en sede administrativa el Consejo ha considerado en algunos supuestos la correcta incardinación de la infracción en otras causas de nulidad del art. 62.1. Así, el Dictamen 658/2012, por la denuncia de vulneración del derecho a la igualdad, fue reconducido al de la tutela judicial efectiva, ex art. 24, en su vertiente de indefensión, para concluir que debía ceder la alegación de la causa de nulidad del 62.1.a), ante la del apartado e), por prescindirse del procedimiento legalmente establecido: «*En primer lugar, en relación con los actos a que se refiere la letra a) del artículo 62.1, de la Ley 30/1992, esto es, actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, hay que afirmar que entre los derechos tutelables en amparo se halla el que todas las personas tienen a no sufrir indefensión, reconocido por el artículo 24 de la Constitución Española ... En el caso analizado la vulneración de los preceptos constitucionales que se alegan ceden a favor de la relevancia del vicio de nulidad referido en la letra e) del artículo 62.1, al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, por no haber seguido el proce-*

dimiento legalmente establecido para la aprobación del Acuerdo que se pretende revisar en lo concerniente a la intervención del particular en el procedimiento».

A la misma conclusión se llegó en el Dictamen 372/2005 el cual trataba la revisión de oficio de un acto de revocación de licencia de edificación sin audiencia a su titular, y éste denunciaba la concurrencia de dos causas de nulidad del artículo 62.1: la contemplada en el apartado a), por indefensión (art. 24), y apartado e), por prescindir del procedimiento legalmente establecido: *«la Administración relegó a tal interesado a una situación de total indefensión ante un acto administrativo declarativo del que se derivan efectos jurídicos de grave perjuicio para él, habiéndose visto impedido de toda oportunidad de obtener o ejercer los medios legales suficientes para su defensa, imposibilitado para introducir en el expediente los elementos fácticos y jurídicos de la oposición que la Administración debía tener en cuenta antes de producir el acto administrativo (...).»* Y se concluía declarando la nulidad por la causa del apartado e) del art. 62.1: *«En consecuencia, procede la declaración de nulidad del Acuerdo de la Comisión de Gobierno que revocó la licencia de obras concedida prescindiendo de la audiencia del interesado que provoca la nulidad, como ha advertido una tradicional y reiterada jurisprudencia, en base al artículo 62.1.e) Ley 30/1992.»*

En cambio, en el Dictamen 744/2009, este Consejo optó por declarar la nulidad de pleno derecho del acto, por apreciar vulneración del derecho de defensa, causante de indefensión, por cuanto resolvía *inaudita parte* un procedimiento de exacción de tasa, afirmando tal nulidad sin citar la causa del apartado e), art. 62.1: *«Por tanto, puede predicarse la nulidad por lesionar el derecho fundamental a la defensa en el procedimiento administrativo».*

Desde una u otra solución, la doctrina del Consejo considera tal lesión del derecho de defensa como una causa de la nulidad de pleno derecho del acto. Así, entre otros, en los dictámenes 141/2000 y 245/2000 se indicaba que *«La nulidad de pleno derecho se reserva así para supuestos gravísimos en los que falta el procedimiento total y absolutamente, –como por ejemplo, la vía de hecho–, y para aquellos otros en los que el trámite omitido es de tal importancia que equivale a una omisión completa de aquel, lo que sucede, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, cuando se omite el trámite de audiencia al interesado en los supuestos de indefensión, o el de información pública cuando viene preceptivamente impuesta por la legislación sectorial aplicable (SSTS 10 y 24 de febrero de 1997)».*

Por último, los derechos fundamentales objeto de pronunciamiento por parte de este Consejo, en el trámite de revisión, han sido: del art. 25.1, derecho a la presunción de inocencia en un procedimiento sancionador (Dictamen 279/1997); del art. 24, indefensión (Dictámenes 279/1997, 372/2005, 744/2009, 70/2011 y 658/2012) y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (dictamen 279/1997); y del art. 23, en relación con el art. 14, acceso a puestos de trabajo en las Administraciones Públicas conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad (Dictámenes 219/2000, 545/2001 y 695/2006). Y, junto a estos, los relativos al derecho a la propiedad (Dictámenes 289/2003, 541/2002, 543/2002).

Los derechos fundamentales que han sido objeto de pronunciamiento de este Consejo, en trámite de revisión, han sido: del art. 25.1, respecto a los límites constitucionales de la potestad sancionadora, en relación con el derecho de defensa, *ex art. 24* (Dictamen 279/1997); del art. 24, indefensión (Dictámenes 393/2003, 372/2005, 744/2009, 70/2011 y 658/2012) y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (Dictamen 279/1997); del art. 23, en relación con el art. 14, sobre acceso a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad (Dictámenes 142/1997, 24/1999, 219/2000, 545/2001 y 695/2006); y del art. 14, igualdad jurídica (Dictámenes 70/2011 y 658/2012). Y, junto a estos, los relativos al art. 33, derecho a la propiedad (Dictámenes 289/2003, 541/2002, 543/2002). Es, precisamente respecto a los derechos de los arts. 24 y 23 Constitución donde puede advertirse con mayor nitidez la doctrina consolidada del Consejo en cuanto al alcance, interpretación y trascendencia de su vulneración en la declaración de nulidad del acto administrativo.

En el estudio sobre incidencia de la indefensión en la nulidad del acto, en el Dictamen 279/1997 se sometía a la consideración del Consejo cual era la trascendencia de la falta de práctica de la prueba que propuso el interesado en expediente sancionador. Prueba la cual habría resultado trascendente en la decisión del procedimiento, pues en la propuesta de resolución de la administración textualmente indicaba que *«desmiente los hechos pero no aporta prueba alguna en su favor»*, omitiéndose toda referencia a la prueba propuesta, pero no practicada. A criterio de este Consejo, la falta inmotivada de práctica de la prueba propuesta, además de incumplir el art. 137.4 de la Ley 30/1992, en relación con el art. 17 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, suponía una vulneración de los límites del art. 25 C.E. aplicables al procedimiento sancionador: *«Lo anterior alcanza mayor relevancia al tratarse de un expediente de naturaleza sancionadora sobre el que la doctrina y jurisprudencia constitucional ha declarado que sus límites se encuentran en el artículo 25.1 de la Constitución, que entre otros cita “el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración exija para imposición de sanciones” (SSTC 13/1982; 77/1983; 36/1985; 76/1990), siendo necesaria la existencia de prueba de cargo practicada con todas las garantías, valorada como suficiente para rechazar las pretensiones del presunto infractor (STC nº 14/97, de 28-1). Principio que, asimismo, se recoge en el artículo 137.1 de la Ley 30/1992.»*

La correlación entre el art. 25.1 y el 24 de la Constitución, se establecía así desde la vulneración del principio de presunción de inocencia, por la inexistencia de prueba de cargo, así como por infracción del derecho de defensa: *«(...) La presunción de inocencia sólo se vulnera cuando no ha habido prueba o cuando la apreciación judicial de la misma es arbitraria o carente de conexión lógica con el contenido de las pruebas sobre las que se realiza”.* (STC 20-12-1990). *La instrucción del expediente sancionador, al obviar la Administración la prueba propuesta por el interesado, priva del derecho de defensa reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, lo que conduce a la vulneración del derecho fundamental de aplicación directa y necesaria, que le asiste. En materia probatoria, la jurisprudencia del Tribunal*

Supremo (SSTS 17-5-1990; 3-5-1991; 25-3-1992; 1-10-1993) admite el valor privilegiado de las actas de inspección por expresa disposición legal, que, no obstante, permite siempre prueba en contrario; valor privilegiado que se le atribuye siempre que hayan sido válidamente emitidas y que se ve corroborado en su eficacia probatoria por el hecho de haberse ofrecido a la contraparte la posibilidad de contradicción. Cuestión que no sucede en el presente caso.»

Igualmente, en el Dictamen 744/2009, este Consejo optó por declarar la nulidad de pleno derecho del acto, por apreciar vulneración del derecho de defensa, causante de indefensión, por cuanto resolvía *inaudita parte* un procedimiento de exacción de tasa afirmando la nulidad «*por lesionar el derecho fundamental a la defensa en el procedimiento administrativo*». Así, la doctrina del Consejo considera la lesión del derecho de defensa como causa de la nulidad de pleno derecho del acto. Entre otros, en los Dictámenes 141/2000 y 245/2000 se indicaba que «*La nulidad de pleno derecho se reserva así para supuestos gravísimos en los que falta el procedimiento total y absolutamente, –como por ejemplo, la vía de hecho–, y para aquellos otros en los que el trámite omitido es de tal importancia que equivale a una omisión completa de aquel, lo que sucede, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, cuando se omite el trámite de audiencia al interesado en los supuestos de indefensión, o el de información pública cuando viene preceptivamente impuesta por la legislación sectorial aplicable (SSTS 10 y 24 de febrero de 1997)*».

Este Consejo, no ha permanecido ajeno a las diferentes posiciones que han mantenido el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sobre la aplicación del principio de indefensión. En el Dictamen 70/2011, con cita del Dictamen 396/2003, se planteaba tal disparidad: «*En cuanto a la indefensión difieren en cuanto a su aplicación el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional como ya señalaba este Consell en el Dictamen 396/2003. En dicho Dictamen se decía lo siguiente: “Para el Tribunal Constitucional solo en algunos procedimientos administrativos, –como es el caso de los procedimientos sancionadores–, la falta de audiencia o de trámite análogo que dé lugar a indefensión tiene alcance constitucional y puede ser objeto de amparo en base al artículo 24 de la Constitución. (ST 175/1987, de 4 de noviembre y 42/89 de 16 de febrero). Para el Tribunal Supremo por el contrario la falta de audiencia comporta la nulidad radical del acto en cualquier procedimiento administrativo si “efectivamente” se hubiera causado indefensión al particular; la exigencia de tal efectividad hace que los supuestos planteados sean analizados detenidamente para verificar si se dio o no indefensión. El trámite de audiencia es calificado por la jurisprudencia como de trámite sagrado, sustancial, fundamental, esencialísimo, llevando al Tribunal Supremo –entre otras las Sentencias de 25 de octubre de 1991 y 6 de octubre de 1993– a considerar su falta como incurra en la causa e) del artículo 62.1 por equiparación a la ausencia de procedimiento*».

Con relación al art. 23.2 de la Constitución, los asuntos planteados han sido los referidos al acceso a puestos de trabajo en las Administraciones públicas, conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, que de ordinario se ha invocado como vulnerado en relación con el principio de igualdad jurídica, del art. 14. En

el Dictamen 142/1997, se analizaba un procedimiento de revisión para la anulación de la condición de fijos de determinados trabajadores municipales, sin respetar las exigencias legales para otorgarles dicha condición. Desde la configuración legal del derecho fundamental de acceso a la función pública, se concluye que el incumplimiento de los requisitos legales para alcanzar tal condición, implicaría la declaración de infracción del derecho fundamental. En este supuesto, la vulneración se apreció desde la configuración negativa del derecho fundamental, pues no existía invocación subjetiva por parte de un titular concreto de tal derecho, sino que se sancionaba a favor del interés público, ante el incumplimiento legal de los requisitos de acceso.

Tal perspectiva negativa del derecho se enlaza en el Dictamen 545/2001 con el principio de igualdad: *«Adicionalmente, debe señalarse que, en principio, si resultara posible el acceso a la condición de empleado público sin la superación de prueba alguna en una determinada Administración Pública, cualquiera que sea su denominación, se introduciría un elemento de desigualdad en relación con el resto del personal laboral de las otras Administraciones públicas, la cual, por ser carente de una fundamentación objetiva y razonable, resultaría constitucionalmente inadmisibles (STC 27/91). Asimismo cabe recordar que el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 302/1993, 151/1992 y 388/1993, enseña que la exclusión de pruebas objetivas de reclutamiento, al margen de lo dispuesto en la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública, vulnera el artículo 19.1 de ésta. En sentido similar se ha pronunciado este Consejo en ocasiones anteriores (Dictámenes 142/97 y 24/99).»*

Y con el art. 103 de la Constitución: *«A este respecto resulta irrelevante que la normativa laboral prevea la conversión en indefinidos de contratos de trabajo suscritos por tiempo determinado, pues la norma suprema del ordenamiento jurídico español (artículo 103.3 C.E.) —y toda la normativa que en materia de empleo público la desarrolla— prevén “el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”. En este sentido el Tribunal Constitucional ha estimado que “es evidente que la contratación de personal laboral para la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del art. 14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (arts. 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración” (AATC de 6 de junio de 1988 y 4 de julio de 1988).»*

Es el análisis de los requisitos legales de acceso a la función pública la premisa necesaria para alcanzar convicción sobre la licitud o ilicitud del nombramiento y desde ésta, su dimensión en la vulneración del derecho fundamental. Así el Dictamen 24/1999 concluye declarando la nulidad de pleno derecho del nombramiento del funcionario pues *«no consta en el expediente documento ninguno que justifique el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios indispensables para el desempeño del puesto de trabajo de Policía Local, con arreglo al artículo 5.2 del Decreto Legislativo de 24 de octubre de 1995, sobre Función Pública Valenciana, ni se ha seguido trámite ninguno, con arreglo al artículo 27 del Reglamento aprobado por Real Decre-*

to 364/95, de 10 de marzo y la Orden Ministerial de 28 de febrero de 1986». Que en Dictamen 695/2006 se anuda a una vulneración del principio de legalidad.

