

En Logroño, a 20 de abril de 2018, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Enrique de la Iglesia Palacios, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**35/18**

Correspondiente a la consulta formulada por la Consejería de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja en relación con la *Revisión de oficio 1/2018 de la Resolución de 8 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Función Pública, por la que se nombró a D<sup>a</sup> E.O.E, funcionaria interina en ejecución de programas en el Cuerpo de Ayudante Facultativo de Administración Especial (Ayudante Técnico Educativo), en el puesto de trabajo de “Ayudante Técnico Educativo Zona Arnedo y Comarca”, adscrito a la Subdirección General de Ordenación Educativa, Innovación y Atención a la Diversidad, de la Dirección General de Ordenación Educación, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

La Consejería de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja ha tramitado el procedimiento de revisión de oficio núm. 1/2018, de cuyo expediente resultan los siguientes datos de interés.

1. Por oficio de 30 de junio de 2017, la Secretaría General Técnica (SGT) de la Consejería de Educación, Formación y Empleo puso en conocimiento de la Dirección General de Función Pública (DGFP) las necesidades de personal no docente para el curso escolar 2017/2018 en los Centros docentes públicos dependientes de dicha Consejería así como en las Escuelas infantiles de primer ciclo.

En el referido escrito, se manifestaba la necesidad de nombrar un *Ayudante Técnico Educativo en ejecución de programas (ATEP)*, con dos tercios de jornada, en horario de

9.00 a 14.00 horas, en el Centro Rural Agrupado (CRA) *Alhama*, en Cervera del Río Alhama, Centro adscrito a la *Zona Arnedo y Comarca*.

2. Ante la ausencia de aspirantes disponibles en la lista de espera del Cuerpo de Ayudante Facultativo de Administración Especial, Ayudante Técnico Educativo (AFAE-ATE) y en aplicación de la letra C) del Anexo XII del *Acuerdo para el personal funcionario de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el periodo 2008-2011* (Acuerdo APFR'08-11), la DGFP presentó oferta de empleo ante el Servicio Riojano de Empleo (SER), órgano gestor competente en materia de política de empleo en la Comunidad Autónoma de La Rioja (CAR). El SRE remitió, como candidata para ese puesto de trabajo, a D<sup>a</sup> Eva M<sup>a</sup> Orive Espiga (en adelante, la interesada).

3. La interesada acudió al reconocimiento médico, previo a su nombramiento como funcionaria interina, el 6 de septiembre de 2017, en el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales (SPRL), de la DGFP, el cual emitió un informe según el cual fue declarada apta para el desempeño del puesto de trabajo.

4. Por Resolución núm. 1826/2017, de 8 de septiembre, la DGFP nombró, a la interesada, funcionaria interina en el *Cuerpo de Ayudante Facultativo de Administración Especial, Ayudante Técnico Educativo (AFAE-ATE)*, en el puesto de trabajo de *Ayudante Técnico Educativo (ATE) Zona Arnedo y Comarca*, adscrito a la Subdirección General de Ordenación Educativa, Innovación y Atención a la Diversidad (Dirección General de Educación, Consejería de Educación, Formación y Empleo).

5. Con fecha y efectos de 12 de septiembre de 2017, la interesada tomó posesión en ese puesto de trabajo, para lo cual suscribió la correspondiente *diligencia de formalización de la toma de posesión en puesto de trabajo* expedida por la SGT de la Consejería de Educación, Formación y Empleo.

Ese mismo día, 12 de septiembre de 2017, la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) dictó una Resolución sobre el reconocimiento de alta de la interesada en el Régimen General de la Seguridad Social, como trabajadora de la CAR.

6. La interesada sólo acudió a su puesto de trabajo el día de su toma de posesión, pues no volvió a acudir al mismo con posterioridad. Tampoco presentó justificación documental alguna de los motivos por los que no asistió a su puesto de trabajo.

7. A la vista de dicha situación, la SGT de la Consejería de Educación, Formación y Empleo inició, por Resolución de 5 de octubre de 2017, un expediente encaminado a sustanciar la posible responsabilidad disciplinaria de la interesada.

En el seno de dicho expediente, su Instructora solicitó, el 25 de octubre de 2017, una nueva valoración de las aptitudes psicofísicas de la interesada; valoración que fue emitida por el SPRL el 6 de noviembre de 2017.

**8.** También en el curso de ese expediente disciplinario, el 13 de noviembre de 2017, su Instructora remitió, a la SGT de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, la propuesta de archivo del expediente, por estimar que, aun existiendo hechos presumiblemente constitutivos de infracción administrativa, concurrían las siguientes circunstancias que excluían la corrección disciplinaria de la interesada: **i)** la interesada se encontraba en situación de baja por incapacidad temporal desde el 15 de mayo de 2017 hasta, al menos, la fecha en que fue remitida la propuesta de archivo (13 de noviembre de 2017); y **ii)** la valoración psicofísica de la interesada, realizada por el SPRL el 6 de noviembre de 2017, puso de manifiesto la falta de conciencia de la trabajadora de su situación administrativa, derivada de su estado psicológico; así como también la consideración de la interesada como *no apta temporal* para el puesto de trabajo de Ayudante Técnico Educativo (ATE), hasta su mejoría clínica.

**9.** El 13 de noviembre de 2017, tuvo entrada en la Consejería de Educación, Formación y Empleo un escrito, presentado por la propia interesada, mediante el cual aportó los partes de confirmación de baja médica, expedidos por su Facultativo a nombre de la empresa L.

**10.** En definitiva, la interesada no puso de manifiesto, ni verbalmente ni por escrito, su situación de incapacidad laboral temporal ante la SGT de la Consejería de Educación, Formación y Empleo hasta el 13 de noviembre de 2017. Por tal motivo, a su vez, la referida SGT no pudo informar de este extremo a la DGFP hasta esa fecha de 13 de noviembre de 2017.

## **Segundo**

**1.** Atendidas las circunstancias indicadas, y al encontrarse la interesada en situación de baja médica desde el 15 de mayo de 2017 (es decir, con anterioridad y en su toma de posesión en su puesto de trabajo), la DGFP dictó la Resolución de 30 de noviembre de 2017, por la que incoó el procedimiento de revisión de oficio núm. 1/2018, de la Resolución núm. 1826/2017, de 8 de septiembre, de la misma DGFP, por la que se había nombrado a la interesada funcionaria interina.

**2.** En el procedimiento revisor, se han observado los siguientes trámites:

**A)** De la Resolución iniciadora, de 30 de noviembre de 2017, se dio traslado a la propia afectada, a la que se confirió audiencia por plazo de diez días. Sin embargo, no ha formulado alegación alguna. Sea como fuere, no consta, entre la documentación remitida a

este Consejo, la que acredite que, a la interesada, le fue notificada la Resolución de inicio y la concesión del trámite de audiencia. Esa documentación habrá de incorporarse al expediente en aras a su adecuada integración.

**B)** El 16 de enero de 2018, la DGFP emitió un informe favorable a la declaración de nulidad de la Resolución de 8 de septiembre de 2017. Del mismo, se dio traslado a la SGT de la Consejería de Administración Pública y Hacienda, la cual, el 30 de enero de 2018, evacuó una primera Propuesta de resolución, en el sentido de que, conforme al art. 47.1.f) LPAC´15, había de declararse la nulidad de dicho acto administrativo de 8 de septiembre de 2017, al carecer la interesada de los requisitos esenciales para la adquisición de los derechos y facultades que, por su virtud, se le concedían.

**C)** Los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja emitieron informe, de 20 de febrero de 2018, expresando un criterio coincidente con el de la Propuesta de resolución de 30 de enero de 2018.

**D)** Finalmente, la SGT redactó una segunda Propuesta de resolución, de 28 de febrero de 2018, que, en lo sustancial, reitera los argumentos de la anterior de 30 de enero.

### **Antecedentes de la consulta**

#### **Primero**

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 1 de marzo de 2018 y registrado de entrada en este Consejo el 5 de marzo de 2018, el Excmo. Sr. Consejero de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja, remitió, al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

#### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 6 de marzo de 2018, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

### **Tercero**

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero**

#### **Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo**

El carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo en los casos de revisión de los actos administrativos resulta, con toda claridad, de lo dispuesto en el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15), a cuyo tenor: *“las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo 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 47.1”*.

Reiteran la necesidad del dictamen del Consejo Consultivo en estos casos nuestra Ley reguladora (Ley 3/2001, de 31 de mayo, art. 11.f) y el Reglamento que la desarrolla (aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero art. 12.2.f).

Por lo demás, como claramente se infiere del art. 106.1 LPAC'15, el dictamen del Consejo Consultivo en materia de revisión de actos administrativos es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiere sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

## Segundo

### **Sobre la nulidad de pleno Derecho de la Resolución de 8 de septiembre de 2017 de la Dirección General de Función Pública.**

#### **1. El concepto de *requisito esencial*.**

El art. 47.1.f) LPAC'15 dispone que son nulos de pleno derecho “*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*”.

A) La jurisprudencia y la doctrina han insistido, con reiteración, en la necesidad de interpretar restrictivamente los preceptos que tipifican las causas de nulidad de los actos administrativos. Y ello, porque la categoría jurídica de la *nulidad de pleno Derecho* es, dentro de la teoría de la invalidez del acto administrativo, una excepción frente a la *anulabilidad*, que constituye, a su vez, la consecuencia prevista, como regla general, para los supuestos en que un acto administrativo contraviene el ordenamiento jurídico (art. 48.1 LPAC'15).

Así lo han señalado, entre otros muchos, el Dictamen del Consejo de Estado (DCE) 485/2012, de 24 de mayo, y los en él citados.

Por ese mismo carácter excepcional de la nulidad de pleno Derecho, en la aplicación del art. 47.1.f) LPAC'15 (y de su precedente, el art. 62.1.f, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, LPAC'92) la jurisprudencia y la doctrina han trazado un concepto sumamente estricto de lo que debe entenderse por *requisitos esenciales* cuya ausencia determina la nulidad radical de los actos administrativos atributivos de derechos o facultades.

A pesar de la dificultad de establecer un criterio interpretativo general en una materia que, por su propia naturaleza, es esencialmente casuística, pueden señalarse, como orientaciones generales, que solamente son requisitos esenciales “*los auténticos presupuestos que explican y justifican la adquisición del derecho o facultad de que se trate*” (DCE 845/2013), o, en palabras del DCE 2.741/2010, “*los relativos a la estructura definitoria del acto*”.

Por otra parte, la calificación de un requisito como *esencial* ha de ceñirse “*al objeto, causa y fin del acto administrativo de que se trate*” (DCE 461/2009); añadiendo el DCE 485/2012 que “*la esencialidad presupone que ha de tratarse de un requisito que objetivamente el interesado no puede llegar a cumplir en ningún momento, por tratarse de un hecho acontecido invariable que elimina cualquier posibilidad de subsanación, y*

*que no precisa, para constatar su carencia, de la interpretación de norma jurídica alguna”.*

En iguales términos, la Sala 3ª del Tribunal Supremo (TS) ha indicado que “*no todos los requisitos necesarios para ser titular de un derecho pueden reputarse ‘esenciales’: tan sólo los más significativos y, directa e indisolublemente, ligados a la naturaleza misma de aquél*” (STS 26-11-2008, R.Cas 1988/2006).

Esta misma idea la ha expresado el Consejo Consultivo de Canarias (Dictamen 585/2011) al señalar que la expresión *requisito esencial* de un acto administrativo debe reservarse a “*aquellos que le son realmente inherentes y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida, de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma*”.

**B)** Por nuestra parte y en la misma línea, hemos perfilado esta doctrina, sosteniendo en diversos dictámenes: i) que hay que reconocer la dificultad de establecer un criterio interpretativo general en una materia que, por su propia naturaleza, es esencialmente casuística (D.44/17); y ii) que no todos los requisitos para la adquisición de una facultad o derecho merecen la calificación de *esenciales*, pues, como ha señalado el Consejo de Estado (DCE 2151/09), una interpretación amplia de los mismos comportaría fácilmente una desnaturalización de las causas legales de invalidez, por cuanto la carencia de uno de ellos determinaría la nulidad de pleno Derecho, vaciando de contenido no pocos supuestos de simple anulabilidad, lo que representaría un grave peligro para la seguridad jurídica (D.96/10, D.40/11, D.44/11 y D.44/17).

Por tanto, en nuestro criterio, la *esencialidad* de los requisitos debe: i) referirse al sujeto que realiza o al objeto sobre el que recae la actividad; ii) ser incontrovertible; iii) afectar a un acto que determine el nacimiento de un derecho o un facultad en el sujeto, como sucede en los nombramientos y las concesiones, o que posibilite la efectividad de uno que el sujeto ya tenía, como ocurre en el caso de las autorizaciones; y iv) quedar reservada para los requisitos más básicos y significativos que estén, directa e indisolublemente, ligados a la naturaleza misma del derecho o facultad adquiridos, como son los que determinan, en sentido estricto, la adquisición del derecho o facultad de que se trate (D.96/10, D.40/11, D.44/11 y D.44/17, entre otros).

Esta doctrina conlleva: i) que el art. 47.1.f) LPAC’15 (como antes el art. 62.1.f) LPAC’92) debe ser objeto de una interpretación *estricta*, para evitar una interpretación extensiva y amplia de los requisitos esenciales (D.40/11, D.44/11 y D.44/17, entre otros); y ii) que debe distinguirse entre requisitos *esenciales* y meramente *necesarios*, pues sólo los primeros pueden fundar una declaración de nulidad de pleno Derecho (D.96/10, D.40/11 y D.44/11).

## 2. El bloque normativo aplicable.

Para proyectar las anteriores consideraciones al caso que nos ocupa, es preciso analizar el bloque normativo que disciplinó la producción del acto administrativo cuya revisión se pretende, y determinar la razón de ser de la condición -incumplida por la persona interesada- de hallarse en condiciones físicas y psíquicas aptas para incorporarse a su puesto de trabajo, así como la consecuencia jurídica que debe anudarse a la ausencia de esa condición.

A) Conforme al Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por RD-Leg 5/2015, de 30 de octubre, EBEP'15), los empleados públicos pueden ser, en lo que hace al caso, o bien funcionarios de carrera, o bien funcionarios interinos (arts. 8.2.a) y 8.2.b) EBEP'15).

Mientras los funcionarios de carrera, *“están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente”* (art. 9.1 EBEP'15); con arreglo al art. 10.1 EBEP'15, son funcionarios interinos: *“...los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) la existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera. b) la sustitución transitoria de los titulares. c) la ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto. d) el exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses”*.

Estos mismos criterios diferenciadores de ambas figuras inspiran la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función pública de la Administración pública de la CAR (LFPR'90); y, así, en la función pública autonómica, son funcionarios de carrera quienes *“se hayan incorporado con carácter permanente a la Administración pública de la CAR, mediante una relación de servicios profesionales y retribuidos”* (arts. 3.1.a) y 3.2 LFRP'90); mientras que, por el contrario, son funcionarios interinos quienes *“ocupan temporalmente plazas vacantes en la plantilla de funcionarios de carrera de la Administración Pública de la CAR, mientras no sean provistas por funcionarios de carrera, o sustituyan a éstos en puestos de trabajo que tengan reservados por causa legal”* (art. 4 LFPR'90).

Por su parte, el art. 11 del Acuerdo para el personal funcionario al servicio de la Administración Pública de la CAR para los años 2008-2011 (BOR de 13 de marzo de 2009, en adelante, APFR'08-11) viene a reproducir el tenor de los actuales arts. 8, 9 y 10 EBEP'15.

Al igual que el art. 10.1 EBEP'15, el APFR'08-11, al definir la categoría normativa de funcionario interino, reproduce la exigencia de que concurran "*razones justificadas de urgencia y necesidad*" para acordar el nombramiento legal de una persona como funcionario interino; y también la necesidad de que, además, "*se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) la existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera. b) la sustitución transitoria de los titulares. c) la ejecución de programas de carácter temporal. d) el exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses*" (art. 11.1 APFR'08-11).

En este mismo sentido, el art. 26 LFPR'90, relativo a los procedimientos de selección de los funcionarios interinos, dispone que esos procedimientos "*posibilitarán la máxima agilidad para cubrir transitoriamente los puestos de trabajo en tanto se destina a los mismos a los funcionarios de carrera*"; tenor que prácticamente es reproducido por el art. 27.1 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado, aprobado por RD 364/1995, de 10 de marzo (RGIP'95) y supletoriamente aplicable en el ámbito de la CAR. También el art. 10.2 EBEP'15 proclama la necesidad de "*procedimientos ágiles*" para la selección de los funcionarios interinos.

De lo expuesto hasta ahora, se desprende sin dificultad que el principal elemento definitorio de la figura del funcionario interino radica en que el nombramiento legal que da vida a esa relación de servicio, y por cuya virtud una persona queda temporalmente vinculada a la Administración, ha de venir siempre justificado por la necesidad de cubrir, de manera perentoria y urgente, un puesto de trabajo reservado a funcionarios de carrera, que se halla vacante, pero cuyos cometidos y funciones deben, sin embargo, desempeñarse necesariamente, aun en ausencia de un funcionario de carrera que lo ocupe y sirva.

**B)** Abundando en lo señalado, el art. 14.5 APFR'08-11 prevé la existencia de un sistema de listas de espera "*para la selección de funcionarios interinos en aquellos supuestos en que el número de nombramientos a realizar así lo aconseje*"; sistema que se regula con detalle en el Anexo XII del APFR'08-11, cuyo apartado 1º, enumera los diferentes "*mecanismos de formación de listas de espera*"; mecanismos que son tres:

-De un lado, "*el procedimiento derivado de pruebas selectivas*" para el acceso a un Cuerpo o Escala de personal funcionario; procedimiento en el que las listas de espera se conforman con "*los aspirantes que, sin haber obtenido plaza, hayan obtenido calificación positiva*" (Anexo XII.1.A)

-De otro, "*el procedimiento derivado de convocatoria*", en el que las listas de espera se configuran por medio de la celebración de un procedimiento selectivo que se convoca específicamente para formar una lista de espera, cuando se den las circunstancias enumeradas en el Anexo XII.1.B.

-Y, finalmente, la “oferta genérica al órgano gestor en materia de política de empleo”, que fue precisamente el que, en el caso que nos ocupa, se utilizó para cubrir el puesto que se asignó a la interesada y en el que ésta tomó posesión el 12 de septiembre de 2017.

Sobre este tercer procedimiento de formación de listas de espera, el Anexo XII.1.C) del APFR´08-11 establece que: *En los supuestos excepcionales de urgente e inaplazable necesidad y ante la ausencia de aspirantes disponibles en las distintas listas de espera, se podrá presentar Oferta de Empleo al órgano gestor competente en materia de política de empleo en la CAR o a los Colegios Profesionales correspondientes. Dicha decisión, así como la justificación de la misma, será comunicada a la Junta de Personal de Servicios Generales.*

De nuevo, la exigencia de una situación “excepcional” en la que es “urgente e inaplazable” la “necesidad” de cubrir un puesto de trabajo, aparece aquí –si cabe, más reforzada- como presupuesto habilitante para la utilización de este específico mecanismo de selección y nombramiento de un funcionario interino.

Este mecanismo, además, se configura en el Anexo XII.1.C) como subsidiario respecto de todos los demás, pues sólo puede ponerse en juego “ante la ausencia de aspirantes disponibles en las distintas listas de espera”; lo que, a su vez, supone que el mecanismo descrito constituye una fórmula de *ultima ratio* para asegurar la cobertura efectiva de un puesto de trabajo, cuando ni hay ni funcionarios de carrera que lo ocupen, ni, subsidiariamente, potenciales funcionarios interinos que puedan ser reclutados mediante las listas de espera existentes en el momento en que el puesto ha de cubrirse.

C) De cuanto venimos de exponer, puede ya concluirse que la posibilidad de ocupar y servir de manera inmediata y efectiva el puesto de trabajo para el que es nombrado el funcionario interino se erige en requisito esencial para que el nombramiento pueda acordarse. Y ello porque, precisamente, la finalidad de esa figura se ordena a proveer la cobertura de un puesto cuyas funciones deben desempeñarse de modo urgente e inaplazable. Y esta finalidad, por tanto, habrá de inspirar también los actos administrativos singulares en cuya virtud se nombren funcionarios interinos para la cobertura de puestos concretos, por lo que es, sin duda, un elemento determinante de la “*causa, objeto y fin*” de tales actos administrativos.

En plena coherencia con ello, el propio Anexo XII, Apartado 2 del APFR´08-11 (apartado relativo al “*llamamiento de los aspirantes*”), tras establecer el principio general según el cual “*cuando sea necesario utilizar las listas de espera, los llamamientos se efectuarán de forma rotatoria, según el orden establecido en las mismas*”, describe determinados supuestos en los que la persona llamada según ese orden de prelación decaerá en su derecho a ocupar el puesto de que se trate. Uno de ellos tiene lugar cuando la

Administración no haya conseguido comunicarse con él en el plazo de 24 horas (a pesar de que cada integrante de la lista habrá debido facilitar, al menos, un teléfono y un domicilio a efectos de notificaciones). Otro de esos supuestos es aquel en el que el llamado se encuentre, en el momento del llamamiento, prestando servicios para la CAR.

Si ello es así, se insiste, es porque el nombramiento de funcionario interino sólo puede hacerse respecto de una persona que esté, en ese mismo momento, disponible para incorporarse, de manera inmediata, al puesto de trabajo para el que ha de ser nombrado.

**D)** El art. 10.5 EBEP '15 establece que *“a los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera”*. En iguales términos, se pronuncia el inciso último del art. 11 APFR'08-11.

Así, en materia de selección de funcionarios interinos, la normativa sobre función pública –tanto estatal como autonómica-, extiende, a los procedimientos selectivos de estos funcionarios, los principios generales que rigen para todo el empleo público por exigencia del art. 103 CE: igualdad, mérito, capacidad, publicidad, y libre concurrencia. En tal sentido, pueden citarse el art. 10.2 EBEP'15; los arts. 26 y 21.1 LFPR'90; o los art. 27.1 y 27.3 RGIP'95.

En este mismo sentido, el art. 26.1 *inciso segundo* LFPR'90 establece que *“los funcionarios interinos deberán reunir, en todo caso, los requisitos generales de titulación y las demás condiciones exigidas para participar en las pruebas de acceso a los correspondientes Cuerpos o Escalas como funcionarios de carrera”*, como también lo señala el art. 27.2 RGIP'95.

**E)** Pues bien, dentro de esos requisitos generales, debe destacarse, por su incidencia en el caso que nos ocupa, el establecido por el art. 56.1.b) EBEP'15, a cuyo tenor, *“para poder participar en los procesos selectivos, será necesario reunir los siguientes requisitos... poseer capacidad funcional para el desempeño de las tareas”*.

Naturalmente, ese requisito no sólo ha de predicarse de quienes pretendan acceder a la condición de funcionarios de carrera, sino también a la de funcionarios interinos. En efecto, está fuera de toda duda que esta norma, relativa a la selección de funcionarios de carrera, es igualmente extensible a los procedimientos selectivos de funcionarios interinos y a sus actos de nombramiento, pues es una norma *“adecuada a la naturaleza de estos”* funcionarios interinos (art. 27.3 RGIP'95). Al respecto, es explícito el art. 26 LFPR'90, ya citado, a cuyo tenor, *“los funcionarios interinos deberán reunir, en todo caso”*, además de *“los requisitos generales de titulación”*, *“las demás condiciones exigidas para participar en las pruebas de acceso a los correspondientes Cuerpos o Escalas como funcionarios de carrera”*.

En particular, por lo que respecta a la exigencia de “*capacidad funcional para el desempeño de las tareas*” (art. 56.1.b) EBEP’15), el art. 23 RGIP’95 (al que se remite el art. 23 del propio RGIP’95), establece que los funcionarios, antes de su nombramiento, deberán aportar los documentos acreditativos de las condiciones de capacidad y requisitos exigidos en la convocatoria.

**F)** En fin, en cuanto a las consecuencias de la falta de capacidad, el art. 62.2 EBEP’15 dispone que “*no podrán ser funcionarios, y quedarán sin efecto las actuaciones relativas a quienes no acrediten, una vez superado el proceso selectivo, que reúnen los requisitos y condiciones exigidos en la convocatoria*”. De este modo, los actos administrativos que, conforme al art. 62.1.b) EBEP’15, dispongan el nombramiento como funcionarios (sean de carrera, o sean interinos) de quienes no reúnan los requisitos necesarios para participar en una determinada convocatoria son nulos de pleno Derecho y, como tal, no han de producir efecto alguno, por preverlo así expresamente el art. 62.2 EBEP’15. Así lo hemos señalado, entre otros, en nuestro dictamen D.22/16.

En iguales términos, el art. 23.2 RGIP’95, reserva esa misma consecuencia jurídica de la falta de efectos para los supuestos en los que de la documentación presentada por quienes pretendan perfeccionar la adquisición de la condición de funcionarios públicos se dedujese que carece de los requisitos exigidos; pues en tal caso, “*no podrán ser nombrados, quedando anuladas todas las actuaciones, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por falsedad en sus solicitudes de participación*”.

En definitiva, y proyectando las consideraciones precedentes al caso que nos ocupa, puede concluirse que la falta de capacidad funcional para el desempeño de las tareas es un requisito esencial para la adquisición de la condición de funcionario interino: primero, porque lo es también para la adquisición de la condición de funcionario de carrera; y, segundo, porque, con más motivo, la falta de esa capacidad impide a la persona nombrada el desempeño inmediato y urgente del puesto de trabajo para el que es nombrado, que es, precisamente, la finalidad que anima el acto administrativo de nombramiento de todo funcionario interino.

Esto es así cuando, como acontece en el caso presente, la falta de capacidad funcional es *previa* al nombramiento de una persona como funcionario interino, pues la ausencia de esa capacidad vicia *a radice* el acto de nombramiento. Además, y aplicando el mismo principio, el apartado 2.7.b) del Anexo XII APFR’08-11 prevé, como supuesto de exclusión de las listas de espera, el de aquellos aspirantes que hayan mostrado “*una evidente y documentada falta de capacidad funcional para el desempeño de las tareas de su puesto de trabajo, en aquellos supuestos en que no se prevea periodo de prueba*”.

G) Por último, va de suyo que quien se encuentra en situación de incapacidad temporal no puede desempeñar ningún puesto de trabajo, dada la descripción que de esta contingencia hace el art. 169.1 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (aprobado por RD-Leg 8/2015, de 30 de octubre, LGSS '15).

En efecto, conforme al precepto citado: *“tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: a) las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación; b) los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad”*.

### **3. Aplicación al presente caso de la normativa expuesta.**

Pues bien, con arreglo a los parámetros interpretativos descritos en el apartado 1 de este Fundamento de Derecho, parece poco discutible que el *requisito* de tener capacidad funcional para desempeñar el puesto de trabajo debe reputarse *esencial* para ser nombrado funcionario interino y, en definitiva, para la adquisición del derecho o facultad que dicho nombramiento entraña para el interesado.

Y es que, si, como hemos expuesto con anterioridad, *requisitos esenciales* serían los que *“explican y justifican la adquisición del derecho o facultad de que se trate”*, o, si se prefiere, aquellos con cuya concurrencia el legislador quiere asegurar el cumplimiento de los fines perseguidos por una norma y la tutela de los intereses fundamentales que con ella se protegen o promueven; es evidente que la exigencia de que la persona nombrada pueda desempeñar ese puesto, y además hacerlo de modo inmediato y urgente, entra dentro de la definición de *requisito esencial*.

Por lo pronto, atendiendo al objeto, causa y fin del acto, debe repararse en que – como se ha expuesto ya- el nombramiento de un funcionario interino debe ir siempre dirigido a la satisfacción de la necesidad perentoria de cubrir un puesto de trabajo que carece de titular, o cuyo titular se halla vacante; y, en definitiva, al propósito de asegurar que las funciones inherentes a ese puesto se van a desempeñar de modo efectivo. Y tal finalidad quedaría frustrada si se nombrara, como aquí ha acontecido, a quien, por sus condiciones médicas, se halla imposibilitado de prestar ese servicio.

Por otro lado, la finalidad perseguida por las normas reguladoras del estatuto jurídico de los funcionarios interinos es clara: asegurar la cobertura y ocupación inmediata de puestos de trabajo cuyos cometidos han de desempeñarse de modo efectivo e inaplazable.

Para concluir, la imposibilidad de la interesada para prestar sus servicios desde el momento de su toma de posesión no sólo era absoluta, sino que, además, era insubsanable, obedeciendo a una circunstancia fáctica (su situación de incapacidad temporal), que no solo no ha sido controvertida, sino que ha sido afirmada y probada por la propia afectada; y cuya concurrencia, además, no requiere interpretación alguna.

En consecuencia, la Resolución de 8 de septiembre de 2017, en cuanto confirió derechos y facultades a quien carecía de requisitos esenciales para adquirirlos, debe considerarse nula de pleno Derecho, de acuerdo con el art. 47.1.f) LPAC'15.

#### **4. Procedimiento de revisión de oficio.**

Por último, en cuanto a la normativa aplicable al procedimiento administrativo de revisión de oficio, debemos recordar que es la contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15), pues su DT 3ª, b) establece que los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de su entrada en vigor (que se produjo el 2 de octubre de 2016, según su DF 7ª) se sustanciarán por las normas establecidas en dicha Ley 39/2015.

### **CONCLUSIONES**

#### **Única**

Procede la revisión de la Resolución administrativa de 8 de septiembre de 2017, por concurrir en ella la causa de nulidad de pleno Derecho comprendida en el apartado f) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15).

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

**EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO**

Joaquín Espert y Pérez-Caballero