

Dictamen n<sup>o</sup>: **243/15**  
Consulta: **Consejera de Educación, Juventud y Deporte**  
Asunto: **Revisión de Oficio**  
Aprobación: **06.05.15**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 6 de mayo de 2015, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Educación, Juventud y Deporte, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con el expediente sobre revisión de oficio de la Resolución de 31 de octubre de 2008, de la Dirección General de Recursos Humanos (BOCM de aaa) por la que se nombra funcionaria en prácticas, entre otros, a N.N.N., así como de la Resolución de 23 de julio de 2009, de la Dirección General de Recursos Humanos (BOCM de bbb) por la que se declara a la interesada apta en la fase de prácticas del procedimiento selectivo, convocado por Resolución de 14 de febrero de 2008.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 26 de marzo de 2015 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen sobre el expediente de revisión de oficio referido en el encabezamiento.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que formula y firma la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por la

Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 6 de mayo de 2015, por cinco votos a favor y dos votos en contra, con el voto particular que se recoge a continuación del dictamen.

**SEGUNDO.-** De los antecedentes que obran en el expediente, son de interés para la emisión del dictamen los que a continuación se relacionan:

1.- Por Resolución de 14 de febrero de 2008, de la Dirección General de Recursos Humanos de la entonces Consejería de Educación, se convocaron procedimientos selectivos para ingreso y accesos a los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Profesores de Músicas y Artes Escénicas y Profesores Técnicos de Formación Profesional y procedimiento para la adquisición de nuevas especialidades por los funcionarios de los citados Cuerpos. (B.O.C.M. de 22 de febrero).

En los citados procedimientos se convocaron, entre otras especialidades, 45 plazas de A, del Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional, 40 de ellas por turno libre. El órgano administrativo competente para la gestión del procedimiento selectivo respecto de esa especialidad era, de acuerdo con la convocatoria, la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación.

2.- N.N.N. participó, por el turno libre, en el citado procedimiento selectivo de ingreso y acceso al Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional en la especialidad de A. La interesada obtuvo en la fase de concurso, en aplicación del baremo publicado como Anexo I a la convocatoria, una puntuación de 5,8000 puntos, con el siguiente detalle:

Apartado 1.1.1 del baremo (experiencia docente en especialidades del cuerpo al que opta el aspirante en centros públicos): A 0,7 puntos por año = 2,8 puntos por 4 años.

Apartado 2.1 (Nota media del expediente académico del título alegado): Se le otorga una puntuación de 1,5 puntos.

Apartado 2.5 (Cursos y otras actividades de formación): Se le otorga una puntuación de 1,5 puntos.

De conformidad con lo dispuesto en convocatoria, el día 29 de mayo de 2008 fueron publicadas las listas con las puntuaciones provisionales obtenidas por los participantes en la fase de concurso, abriéndose un plazo de diez días hábiles para interponer reclamaciones. La interesada no interpuso en este plazo reclamación alguna contra la valoración de sus méritos. Atendidas las reclamaciones interpuestas por los aspirantes, el día 23 de julio de 2008 se expusieron las listas con las puntuaciones definitivas obtenidas en la fase de concurso.

N.N.N., por otra parte, superó la fase de oposición con 9,1489 puntos, por lo que, de conformidad con lo establecido en el apartado 8.1 de la convocatoria, obtuvo una puntuación en el cómputo total del proceso selectivo de 7,8093 puntos, resultante de ponderar:

- 60% de la puntuación obtenida en la fase de oposición (9,1489 x 60%: 5,4893 puntos).

- 40% de la puntuación obtenida en la fase de concurso (5,8000 x 40%: 2,3200 puntos).

3.- Por Resolución de 8 de julio de 2008, se anunciaron las fechas de exposición de las listas de aspirantes que habían superado las fases de oposición y concurso en los procedimientos selectivos. El día 23 del

mismo mes y año se expusieron las citadas listas, en las que figuraba seleccionada G.G.G., en la especialidad de A del Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional, turno libre, con el número de orden 24 y con una puntuación total de 7,8093 puntos.

Las inicialmente previstas 40 vacantes por el turno libre previstas para la especialidad de A resultaron incrementadas hasta un número de 45 con las plazas no cubiertas en los procedimientos de acceso, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 8.4 de la convocatoria.

Por Resolución de 31 de octubre de 2008 (BOCM de aaa), de la Dirección General de Recursos Humanos, se nombraron funcionarios en prácticas a los aspirantes seleccionados en los procedimientos selectivos de ingreso y accesos a los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores de Escuelas Oficiales de idiomas, Profesores de Música y Artes Escénicas y Profesores Técnicos de Formación Profesional, convocados por Resolución de 14 de febrero de 2008.

En la citada resolución, N.N.N. era nombrada funcionaria en prácticas del Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional, especialidad A.

Finalizado el periodo de prácticas, la Dirección General de Recursos Humanos dictó Resolución, de 23 de julio de 2009, por la que se aprobaron los expedientes de los procedimientos selectivos de ingreso y acceso a los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Profesores Técnicos de Formación Profesional y al Cuerpo de profesores de Música y Artes Escénicas convocados por Resolución de 14 de febrero de 2008 y se declaraban aptos en la fase de prácticas a los aspirantes seleccionados en los citados procedimientos selectivos. En la citada resolución aparecía N.N.N. como apta en la fase de prácticas y seleccionada en el procedimiento selectivo

en el que había sido nombrada funcionaria en prácticas del Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional, especialidad A.

4.- Por el Servicio de Gestión de Profesorado de Educación Secundaria, Bachillerato, F.P., Artísticas e Idiomas de la Dirección General de Recursos Humanos se detectó error en la puntuación otorgada en la fase de concurso a G.G.G., a raíz de un escrito anónimo recibido en la referida Dirección General de Recursos con fecha 2 de octubre de 2009.

En concreto, se comprueba que a N.N.N. se le computaron 4 años de experiencia docente (Apartado 1.1.1) cuando debían habersele computado únicamente 4 meses, de manera que, si se hubiese tenido en cuenta esta circunstancia, habría obtenido una puntuación en la fase de concurso de 3,2332 puntos por lo que, su puntuación final en el proceso selectivo habría sido de 6,7825 puntos, puntuación que resultaría insuficiente para superar el proceso selectivo, toda vez que el último aspirante seleccionado por el turno libre de la especialidad de Profesores Técnicos de Formación Profesional obtuvo 7,1934 puntos.

Con fecha 5 de octubre de 2009, la Dirección General de Recursos Humanos dirigió escrito a la interesada en el que se le ponía en conocimiento la recepción del escrito anónimo en el que se cuestionaba la superación por N.N.N. el procedimiento selectivo de ingreso en el Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional, en la especialidad de A, convocado por Resolución de 14 de febrero de 2008, así como la detección del error sufrido en la valoración de la experiencia docente en la fase de concurso.

El día 30 de octubre de 2009, la interesada formuló alegaciones en las que señalaba, en síntesis, que no debía ser admitido un escrito anónimo y

que rechazaba el contenido íntegro de la denuncia, por lo que solicitaba el archivo del expediente.

5.- Con fecha 1 de diciembre de 2009 la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación acordó el inicio de un expediente *“al amparo de lo establecido en los artículos 102 o 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con objeto de excluir a la interesada de la lista de seleccionados del Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional, especialidad de A, en los procedimientos selectivos convocados por Resolución de 14 de febrero de 2008.”*

Con fecha 21 de diciembre de 2009, el Servicio Jurídico en la Consejería de Educación emitió informe, solicitado por la Secretaría General Técnica con fecha 9 de diciembre de 2009, en el que se afirmaba lo siguiente: *“Concurren en nuestra opinión, todos y cada uno de los requisitos necesarios para poder proceder a la revisión de oficio prevista en este artículo 103 de la Ley 30/1992”*. El procedimiento se dirigió inequívocamente, desde ese momento, a la declaración de lesividad a que se refiere el art. 103 LRJ-PAC.

Tras la instrucción del procedimiento, por Orden 1905/2010, de 5 de abril, finalizó declarándose la lesividad, para el interés público, de la puntuación otorgada a N.N.N. en la fase de concurso del procedimiento selectivo de ingreso y acceso al Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional. Asimismo, se dispuso mantener, de acuerdo con el art. 111.4 de la Ley 30/1992, la suspensión de la ejecución del acto objeto de revisión que había sido acordada al iniciarse el procedimiento para la declaración de lesividad.

6.- N.N.N. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden 1905/2010, de 5 de abril, que se tramitó por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Procedimiento Ordinario 513/2010. A este recurso se acumuló el Procedimiento Ordinario 545/2010, seguido ante la misma Sala, interpuesto por la Comunidad de Madrid una vez declarada la lesividad de la puntuación antes mencionada. En el seno del P.O. 545/2010 se solicitó el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión que había sido acordada en vía administrativa. La pieza de medidas cautelares se resolvió por Auto de 29 de octubre de 2010, por el que la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid acordó el mantenimiento de la suspensión decretada en vía administrativa.

La Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó Sentencia de 18 de julio de 2012 con el siguiente fallo:

*“Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad de Madrid y declaramos nula, por lesiva para el interés público, la puntuación otorgada a N.N.N. en la fase de concurso del proceso selectivo para ingreso en el cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional especialidad de A, convocado por resolución de 14 de febrero de 2008; y debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por N.N.N. en relación con este objeto”.*

En el Fundamento de Derecho Segundo la sentencia decía:

*“Creemos que en este caso ninguna duda ofrece que a G.G.G. se le otorgó una puntuación excesiva tratándose de un evidente error*

*de cálculo. Del expediente se deduce que... se le computaron 4 años de servicios docentes cuando en realidad fueron 4 meses. Se recibió por tal causa una denuncia, que supuso la apertura del expediente de lesividad. Contra aquel dato fáctico, sin embargo, G.G.G. no ha aportado ningún argumento”.*

Asimismo señalaba la Sala que procedía la declaración de lesividad: *“Por cuanto resulta patente el interés de otros candidatos a las plazas convocadas en el proceso selectivo”.*

7.- Interpuesto por la interesada recurso de casación contra la anterior sentencia (recurso de casación nº 4159/12), al considerar ésta que la resolución impugnada incurría en incongruencia por omisión y producía indefensión y lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, con fecha 11 de junio de 2014, la Sección Séptima de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dicta Sentencia en cuyo Fundamento de Derecho Quinto, en relación con el motivo de casación alegado, dice lo siguiente:

*“La sentencia es parca en su motivación al explicar las razones por las que desestima la pretensión de nulidad de la Orden 1905/2010 declarando lesiva la puntuación otorgada a G.G.G.*

*Mas lo significativo en la denunciada incongruencia omisiva así como falta de motivación es la ausencia de pronunciamiento alguno acerca de lo alegado por la recurrente N.N.N. en el recurso contencioso-administrativo 513/2010, al que se acumuló el 545/2010.*

*No constituye un mero argumento o motivo impugnación sino la razón esencial de la pretensión impugnatoria.*

*Dejamos reflejado en el primer fundamento que la sentencia objeto de recurso procede de la acumulación de dos recursos, el 513/2010 deducido por N.N.N. y el 545/2010 deducido por la Comunidad de Madrid.*

*Mientras en el 513/2010 N.N.N. es demandante y la Comunidad de Madrid, ocupa la posición de demandada. En el 545/2010 ocurre lo contrario.*

*En el recurso 545/2010 la administración autonómica pidió se tuviera por formulada demanda en recurso de lesividad anulando la puntuación otorgada a la G.G.G. en la fase de concurso.*

*A tal pretensión se opuso N.N.N., invocando la aplicación indebida del art. 103 LRJAPPAC, así como no constituir el objeto de anulación acto administrativo sino diligencia de mero trámite.*

*Pero, además, la demandante N.N.N. en el 513/2010 alegó, entre otras cosas, que la Orden objeto de impugnación que acuerda declarar lesivo para el interés público las puntuaciones otorgadas a la recurrente en la fase de concurso no se refiere a un acto administrativo sino a diligencias de trámite dejando incólume los actos administrativos de nombramiento de funcionaria en prácticas y declarada apta en la fase de prácticas.*

*Nada dijo al respecto la defensa de la Comunidad de Madrid que insistió en lo vertido en el recurso 545/2010 acerca del cómputo indebido de antigüedad.*

*El motivo debe prosperar.*

*Ni siquiera de forma implícita la Sala de instancia ante tal impugnación entiende que estemos, que no es así, ante un acto de trámite cualificado que, por tanto, podría ser objeto de declaración de lesividad.*

*Se limita a aceptar la pretensión de declaración de lesividad de un acto que no es definitivo. Téngase en cuenta que en la Sentencia de 9 de marzo de 2009, rec. casación 2548/2005 se subraya que basta para considerar lesivo, a los efectos del art. 103 de la Ley 30/1992; que el acto en cuestión infrinja el ordenamiento jurídico, lo que allí sucedía (nombramiento guardia alumno centro militar docente) ya que faltaba un requisito esencial (carencia de titulación) para ese nombramiento.*

*La ausencia de pronunciamiento sobre tal pretensión constituye falta de motivación e incongruencia omisiva”.*

La Sentencia, en su Fundamento de Derecho Sexto, de conformidad con el artículo 95.2 d) LJCA, resuelve sobre el debate planteado en la instancia y declara:

*“Aceptado que el acto de atribución de méritos era de trámite, era instrumental del ulterior resolutorio nombrando a la recurrente funcionaria en prácticas, no procedía su declaración de lesividad.*

*Procede, pues, desestimar el recurso contencioso administrativo 545/2010 formulado por la Comunidad de Madrid y estimar el 513/2010 dejando sin efecto la Orden de 5 de abril de 2010 tal cual se interesa en el suplico.*

*Si bien la recurrente en el cuerpo de su escrito de demanda formuló reclamación de reconocimiento de mayor puntuación en los apartados 2.5.1 y 2.5.2 ninguna pretensión en tal sentido interesó*

*en el suplico de la demanda en que se limitó a petitionar se dejase sin efecto la Orden de 5 de abril de 2010”.*

Por lo tanto, la Sentencia de 11 de junio de 2014 del Tribunal Supremo procedió a casar y anular la Sentencia de 18 de julio de 2012, desestimando el recurso 545/2010 en el que la Comunidad de Madrid interponía demanda de lesividad para anular la puntuación otorgada a N.N.N. y (tras el Auto de 28 de octubre de 2014 de rectificación del fallo) estimando el recurso 513/2010, deducido por N.N.N., dejando sin efecto la Orden 1905/2010, de 5 de abril.

8.- A la vista de la anterior sentencia, con fecha 23 de septiembre de 2014, la Dirección General de Recursos Humanos dirigió escrito a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte en el que señalaba:

*“Con el fin de evitar la vulneración de los principios constitucionales en el acceso a la función pública, esta Dirección General considera conveniente la utilización de los mecanismos legales previsto en el Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al objeto de revisar de oficio sus actos administrativos.*

*A estos efectos una de las posibilidades previstas en el ordenamiento jurídico es la aplicación del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que permite la anulación de los actos nulos de pleno derecho en cualquier momento, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, sin perjuicio de los límites de revisión establecidos en el artículo 106 del mismo texto legal. Esta posibilidad tendría cabida atendiendo a la letra a) del artículo 62, por remisión del artículo 102, y en concreto por actos administrativos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de*

*amparo constitucional, ya que esta Dirección General entiende que se ha lesionado el derecho fundamental proclamado en el artículo 23.2 de la Constitución, que consagra el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las leyes”.*

El escrito de la Dirección General de Recursos Humanos concluía que podría ser pertinente la aplicación de un procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho por violación flagrante del derecho fundamental de acceso en igualdad a las funciones públicas, por lo que solicitaba del Servicio Jurídico su parecer al respecto.

9.- Con fecha 23 de diciembre de 2014, el Servicio Jurídico en la Consejería de Educación, Juventud y Deporte emitió informe en el que concluía:

*“1. Al amparo de los artículos 102 y 106 de la Ley 30/1992, resulta procedente iniciar un procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 31 de octubre de 2008, exclusivamente en lo concerniente al nombramiento como funcionaria en prácticas en el proceso selectivo correspondiente a N.N.N., así como la Resolución de 23 de julio de 2009, exclusivamente en cuanto a la declaración de N.N.N.. apta en la fase de prácticas. La invalidez de este último acto tendría lugar como reacción en cadena por razón de la radical nulidad de la resolución de nombramiento de la interesada como funcionaria en prácticas, que proyectaría sus efectos jurídicos ex tunc, impidiendo la validez de los actos administrativos derivados y dependientes de dicho nombramiento.*

*2. La revisión de oficio podrá fundarse en la causa de nulidad del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, en relación con los*

*artículos 14 y 23.2 de la Constitución así como en la causa de nulidad del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992.*

*3. No procede iniciar un procedimiento de declaración de lesividad contra el acto definitivo de nombramiento en prácticas de la funcionaria interesada porque el plazo de cuatro años que se prevé en el art. 103.2 de la Ley 30/1992 es un plazo de caducidad, y no de prescripción que admita interrupción”.*

**TERCERO.-** 1.- Mediante Orden de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte 265/2015, de 9 de febrero, se acordó el inicio del procedimiento de revisión de oficio, solicitado por la Dirección General de Recursos Humanos con fecha 15 de enero de 2015, de la Resolución de 31 de octubre de 2008, de la Dirección General de Recursos Humanos (B.O.C.M de aaa) por la que se nombraba funcionaria en prácticas, entre otros, a N.N.N., así como de la Resolución de 23 de julio de 2009, de la Dirección General de Recursos Humanos (B.O.C.M. de bbb) por la que se declaraba a la interesada apta en la fase de prácticas del procedimiento selectivo, convocado por Resolución de 14 de febrero de 2008, al concurrir las causas previstas en el artículo 62.1.a) y f) de la Ley 30/1992, es decir, al tratarse, respectivamente, de actos que lesionan los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y de actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se reconocen derechos sin reunir los requisitos esenciales para su adquisición.

Es de señalar que la finalidad del procedimiento que concluye con la propuesta de resolución, de 17 de marzo de 2015, objeto de este dictamen, es exclusivamente, tanto al inicio del expediente como en la referida propuesta, “*declarar la nulidad*” de las dos resoluciones que se especifican en el encabezamiento mismo de este Dictamen, en cuanto en ellas se nombra funcionaria a N.N.N.

2.- Con fecha 28 de febrero de 2015 le fue notificada a la interesada la indicada Orden, así como la concesión del trámite de audiencia previsto en el artículo 84 LRJ-PAC, para que en el plazo de diez días hábiles desde el día siguiente a la fecha de notificación efectuara las alegaciones o presentara los documentos que tuviera por conveniente.

3.- El día 11 de marzo de 2015 tuvo entrada en la Consejería de Educación, Juventud y Deporte escrito de la interesada en el que alegaba, en síntesis, la improcedencia de la revisión de oficio al tratarse de una cuestión resuelta ya judicialmente con efectos de cosa juzgada, al existir identidad de sujetos, objeto y causa de pedir. Además, alegaba que la revisión es contraria a la doctrina de los actos propios que consideró, en su día, el acto revisable por la vía del artículo 103 y no por el artículo 102 LRJ-PAC y, finalmente, al considerar improcedente la aplicación del artículo 62.1.a) LRJ-PAC, porque *“la lesión de los derechos y libertades susceptibles de recurso de amparo constitucional no puede ser abstracta sino que exige para conformar su legitimación una lesión concreta, es decir una impugnación o recurso por quien ha sufrido la lesión, que no existe en el presente caso”*.

4.- Concluido el trámite de audiencia a la interesada, el día 17 de marzo de 2015 el Secretario General Técnico de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte formula propuesta de resolución en la que se postula desestimar las alegaciones presentadas y declarar la nulidad de la Resolución de 31 de octubre de 2008, de la Dirección General de Recursos Humanos por la que se nombraba funcionaria en prácticas, entre otros, a N.N.N., así como de la Resolución de 23 de julio de 2009, de la Dirección General de Recursos Humanos por la que se declaraba a la interesada apta en la fase de prácticas del procedimiento selectivo, convocado por Resolución de 14 de febrero de 2008, al

concurrir las causas previstas en el artículo 62.1.a) y f) de la Ley 30/1992.

5.- Con esa misma fecha, la Consejera de Educación, Juventud y Deporte firma solicitud de dictamen preceptivo a este Consejo Consultivo, de conformidad con el artículo 13.1.f) 2º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre.

6.- Se ha acordado en el procedimiento, con fecha 25 de marzo de 2015 (notificado a la interesada ese mismo día), la suspensión del procedimiento de revisión de oficio, de acuerdo con el artículo 42.5.c) LRJ-PAC.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes,

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1. letra f) 2º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y a solicitud de la Consejera de Educación, Juventud y Deporte, en virtud del artículo 14.1 de la citada Ley (“*1. El dictamen del Consejo Consultivo será recabado por el Presidente de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Gobierno, o cualquiera de sus miembros*”), en relación con el artículo 32.1 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Por remisión, el artículo 102.1 de la LRJ-PAC establece que: “*Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia*

*o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, 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”.*

La referencia que el artículo 102.1 de la LRJ-PAC hace al Consejo de Estado “u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma”, debe entenderse hecha, a partir de su creación, al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, creado por la citada Ley 6/2007, de 21 de diciembre.

**SEGUNDA.-** Del artículo 102.1 de la LRJ-PAC se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que reviste carácter vinculante.

Es sumamente conveniente señalar que este excepcional carácter vinculante indudablemente no obedece a un capricho del legislador, sino a un criterio muy prudente y razonable, que busca garantizar al máximo, en cierto tipo de asuntos, el acierto de la Administración. Cuando se trata de que se eliminen, sin límite temporal, actos administrativos firmes (que no se impugnaron administrativa y judicialmente o que, impugnados, devinieron inatacables), se dispone que esos actos han de estar viciados precisamente de nulidad radical o de pleno derecho, pero, además, se impone a la Administración como condicionante, no sólo una previa consulta a un órgano consultivo, sino que el resultado de esa consulta sea un parecer de dicho órgano que aprecie la concurrencia de tales vicios y, además, procure la certera aplicación del precepto, el art. 106 LRJ-PAC, que impone límites a esa clase de revisión de los actos administrativos,

que unánimemente se estima un remedio excepcional, con las consecuencias inherentes a tal naturaleza.

La posición del órgano consultivo presenta en estos casos un matiz diferencial respecto de aquella en que se encuentra ante asuntos en que se requiere un dictamen previo, pero no vinculante. Ese matiz diferencial consiste, a nuestro entender, en que se acentúa la función de salvaguarda de la recta aplicación de la ley y el Derecho, que siempre corresponde al órgano consultivo al asesorar a la Administración de que se trate. En estos casos, empero, el mejor asesoramiento a la Administración y el que la ley expresamente quiere al exigir dictamen favorable reclama al órgano consultivo atribuir preeminencia a una suerte de tutela preventiva de la Ley y el Derecho.

**TERCERA.-** 1.- En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, el artículo 102.1 de la LRJ-PAC, no contempla un procedimiento específico que se haya de seguir para la sustanciación de los expedientes de declaración de nulidad, limitándose a señalar el carácter preceptivo de un dictamen previo favorable del órgano consultivo que corresponda. Pero han de entenderse de aplicación las normas generales recogidas en el Título VI del citado cuerpo legal, denominado “*De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos*”.

Como en todo procedimiento administrativo, aunque no lo establezca expresamente el artículo 102.1 de la LRJ-PAC, se impone la audiencia del o de los interesados, trámite contemplado con carácter general en el artículo 84 de la LRJ-PAC, que obliga a que se dé vista del expediente a los posibles interesados, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes en defensa de sus derechos. Conforme el apartado 4 del citado artículo 84 de la LRJ-PAC,

*“se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”.*

2.- En el presente caso, tras el acuerdo de inicio del procedimiento, se ha dado audiencia a N.N.N. que ha formulado alegaciones por escrito presentado en el registro de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte el día 11 de marzo de 2015.

Como quiera que el procedimiento de revisión de oficio que nos ocupa ha sido iniciado por la misma Administración y resulta indudable, a la vista de todo el expediente, que no se pretende otra cosa que declarar la nulidad radical de un nombramiento conferido por actos administrativos firmes, el trámite de audiencia no adolece de vicio alguno y es conforme a Derecho, sin que nadie distinto de la persona oída pueda alegar indefensión.

3.- Finalmente, en cuanto al procedimiento tramitado, se ha formulado propuesta de resolución que permite conocer los presupuestos fácticos de la revisión y la causa en la que se fundamenta la nulidad que se pretende.

Al haberse iniciado de oficio la revisión del acto, el procedimiento está sometido a un plazo de caducidad, pues a tenor de lo estipulado en el artículo 102.5 de la LRJ-PAC *“cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses, desde su inicio sin dictarse resolución, producirá la caducidad del mismo”*. El *dies a quo* para el cómputo del plazo en los procedimientos que se inician de oficio es desde la fecha del acuerdo de iniciación *ex* artículo 42.3 a) de la LRJ-PAC.

Esto no obstante, dicho plazo de tres meses puede suspenderse al recabarse dictamen del órgano consultivo, según el artículo 42.5.c) de la

LRJ-PAC (en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) que establece que:

*“El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender (...) c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o de distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.*

En el caso sometido a dictamen, iniciado el procedimiento el 9 de febrero de 2015, se ha suspendido dicho plazo el día 25 de marzo de 2015, con notificación a la interesada y, por tanto, antes del plazo de tres meses de caducidad del procedimiento de revisión de oficio.

**CUARTA.-** 1.- El procedimiento de revisión de oficio tiene por objeto, como ya se ha dicho, expulsar del ordenamiento jurídico aquellos actos administrativos que se encuentren viciados de nulidad radical, por cualquiera de las causas que establece el artículo 62.1 de la LRJ-PAC. Este Consejo Consultivo ha sostenido reiteradamente en sus dictámenes (así, en el Dictamen 592/12, de 31 de octubre), que resulta inexcusable la consideración de la revisión de oficio como una potestad excepcional de la Administración para dejar sin efecto sus propios actos y disposiciones al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva y sólo se justifica en aquellos casos en que los actos a revisar adolezcan de un vicio de la máxima gravedad, como los que determinan la nulidad radical o de pleno derecho.

Así lo recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, recurso 822/2011, que cita las sentencias de 18 de mayo de 2010 (casación 3238/2007), 28 de abril de 2011 (casación 2309/2007), 5 de diciembre de 2012 (casación 6076/2009) y 7 de febrero de 2013 (casación 563/2010).

En cuanto potestad excepcional de la Administración es indiscutible que la carga de demostrar que concurren motivos de nulidad corresponde a la Administración, como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 (recurso 3843/2011). Para entender el fundamento de esta carga es oportuno que nos remitamos a lo expuesto en la consideración jurídica segunda de este dictamen.

En el presente caso, el objeto del procedimiento de revisión está constituido por Resolución de 31 de octubre de 2008, de la Dirección General de Recursos Humanos por la que se nombra funcionaria en prácticas, entre otros, a N.N.N., así como de la Resolución de 23 de julio de 2009, de la Dirección General de Recursos Humanos por la que se declara a la interesada apta en la fase de prácticas en el procedimiento selectivo, convocada por resolución de 14 de febrero de 2008, pues se considera que el primero de ellos estaría incurso en la causas previstas en la letras a) y f) del artículo 62.1 de la LRJ-PAC (*“los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”* y *“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”*).

Se pretende también la revisión de la Resolución de 23 de julio de 2009 del Director General de Recursos Humanos por la que se declara,

entre otros, a N.N.N. apta en la fase de prácticas del procedimiento selectivo convocado por Resolución de 14 de febrero de 2008.

El artículo 102 de la LRJ-PAC establece que para proceder a la revisión ha de tratarse de actos *“que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo”*.

La Resolución de 31 de octubre de 2008, publicada en el BOCM el día aaa, era susceptible de recurso de alzada, pero no consta en el expediente que fuese impugnada, por lo que debe entenderse firme en vía administrativa.

Según el expediente, la Consejera de Educación, por Orden 1905/2010, de 5 de abril, declaró *«la lesividad para el interés público, prevista en el artículo 103 de la Ley 30/1992, de la puntuación otorgada a N.N.N. en la fase de concurso del procedimiento selectivo de ingreso al Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional, especialidad de “A”, convocado por Resolución de 14 de febrero de 2008 de la Dirección General de Recursos Humanos»*.

La anterior resolución fue recurrida en vía contencioso-administrativa, tanto por la interesada (recurso nº 513/2010, seguido ante la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid), como por la misma Comunidad de Madrid, que interpuso recurso contencioso-administrativo interesando la nulidad por lesividad de la puntuación obtenida en la fase de concurso por N.N.N. (recurso 545/2010). Ambos procedimientos fueron acumulados y finalizaron, como ha quedado dicho en los antecedentes de hecho, por Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 2014, favorable a la interesada en lo relativo a la declaración de lesividad.

La interesada alega que resulta improcedente el procedimiento de revisión de oficio del artículo 102 LRJ-PAC, al tratarse de una cuestión ya resuelta en vía contencioso-administrativa que produciría efectos de cosa juzgada, al existir identidad de sujetos, objeto y causa de pedir. Parece conveniente considerar con detenimiento esta alegación de la interesada.

**QUINTA.-** A nuestro entender, no cabe apreciar la existencia de cosa juzgada tal como la alega la interesada, porque el recurso contencioso-administrativo se interpuso contra la Orden 1905/2010, de 5 de abril, que declaró la lesividad de la puntuación otorgada a N.N.N. en la fase de concurso del procedimiento selectivo de ingreso y acceso al Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional, especialidad de “A”, acto que, como ha declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de junio de 2014, era de trámite, pues se trataba del acto de atribución de méritos, y por tanto, acto *“instrumental del ulterior resolutivo nombrando a la recurrente funcionaria en prácticas”*, por lo que no procedía su declaración de lesividad. Por tanto, no existe plena identidad en cuanto al objeto entre el procedimiento de revisión de oficio y el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden que declaró la lesividad de la puntuación obtenida en la fase de concurso del proceso selectivo.

Señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso de casación 806/2011), en orden a la eficacia de la cosa juzgada en el cauce del procedimiento de revisión de oficio, que el *«criterio decisivo para su apreciación vendrá determinado por el hecho de que en la primera sentencia se hubiera producido o no un enjuiciamiento definitivo del debate jurídico planteado; de manera que, en caso de que así fuera, se produciría la cosa juzgada, más no ocurrirá lo mismo de haber*

*quedado imprejuizado ese debate -por ejemplo, al haberse admitido una excepción-, supuesto éste en el que las posibles manifestaciones contenidas en la sentencia constituirán puros “obiter dicta”».*

Pero esta misma Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 2013, declara que el procedimiento de revisión de oficio es *“un cauce subsidiario de los otros instrumentos procedimentales ordinarios de impugnación de actos administrativos; de modo que, conforme a la indicada doctrina, no es posible instar la revisión de oficio, por existir cosa juzgada, cuando previamente se haya impugnado la resolución de que se trata en vía jurisdiccional, y ello aun cuando en el nuevo procedimiento se aleguen otras causas de nulidad que no fueran las planteadas en la instancia contencioso-administrativa”*.

La alegación en el procedimiento administrativo de causas de impugnación de los actos administrativos firmes con fundamento en causas distintas de las planteadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa es cabalmente lo que cabe apreciar en este caso. Se trata de un comportamiento enteramente semejante y equivalente al de alegar diversas causas de nulidad. Así que, aun cuando no exista identidad total entre lo pretendido ante la jurisdicción contencioso-administrativa (y la *causa petendi* de la pretensión ejercitada ante esa jurisdicción) y lo que se pretende en el procedimiento de revisión (y el correspondiente fundamento jurídico de este procedimiento) lo que claramente afirma la citada sentencia es que un proceso contencioso-administrativo anterior al objeto de este dictamen, dista mucho de ser irrelevante si, en definitiva, es innegable que lo que la Administración persigue posteriormente con el procedimiento de revisión es sustancialmente lo mismo que quiso lograr mediante el proceso jurisdiccional. Es de señalar que la *ratio decidendi* y la verdadera doctrina sentada en la Sentencia de 19 de julio de 2013 no es la existencia de cosa juzgada propiamente dicha en sentido positivo o

prejudicial (de eficacia vinculante para la Administración en razón de lo resuelto por la Jurisdicción), sino la función negativa o excluyente de la cosa juzgada, que se da igualmente, aunque no exista completa identidad de los elementos que identifican el objeto procesal y el objeto del procedimiento de revisión, como el que nos ocupa. En el caso, difieren las causas de pedir, pero esa diversidad de causas no es óbice, según la tan repetida Sentencia, para considerar improcedente la revisión. En virtud de esa función negativa o excluyente, cabría estimar jurídicamente inviable la revisión, del mismo modo y por las mismas razones jurídicas que fundamentan lo dispuesto en el art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: la cosa juzgada no persigue sólo, conforme a la superada teoría jurídico-material, evitar que los tribunales establezcan dos “*verdades*” contradictorias, sino que los litigios con la misma finalidad no se multipliquen mediante el simple cambio de fundamento, fáctico o jurídico (en este caso, jurídico) de lo que se pretende. Esta multiplicación de litigios es indeseable por diversas razones que no parece necesario exponer ahora. Quien, pudiendo aducir un fundamento de su pretensión no lo alega, se encuentra con un efecto preclusivo para ulteriores pretensiones sustancialmente idénticas (y, desde luego, siendo idénticos los sujetos jurídicos y lo que se pretende). En el presente caso, poca duda cabe abrigar de que la Administración consultante está pretendiendo, aunque por distintas vías, algo sustancialmente idéntico: dejar sin efecto la situación funcional de la interesada, N.N.N.

Lo que afirma la repetida Sentencia de 19 de julio de 2013 coincide plenamente, por tanto, con el moderno y legal entendimiento de la cosa juzgada.

En todo caso, como quiera que el instituto jurídico de la cosa juzgada pertenece propiamente al ámbito jurisdiccional, aunque lo expuesto en esta consideración jurídica no carezca de relevancia, parece oportuno que

este dictamen prosiga y examine la concurrencia de las causas de nulidad radical que la Administración alega y, en segundo lugar, si, a la luz de todas las circunstancias del caso (entre las que no cabe desdeñar la referida peripecia procedimental y jurisdiccional anterior al expediente de revisión de oficio), es de aplicación el límite que a las facultades de revisión establece el art. 106 LRJ-PAC.

**SEXTA.-** Preliminarmente, este Consejo juzga necesario llamar la atención, por una parte, sobre un hecho con relevancia jurídica y, por otra, sobre una norma jurídica que frecuentemente parece pasarse por alto y no es mencionada, pese a tratarse de un precepto inserto en el Título Preliminar del Código Civil, cuya singular categoría y fuerza normativa son unánimemente admitidas.

Es relevante y debe ya ponerse de manifiesto el hecho de que, desde el 1 de diciembre de 2009, en que se inició el procedimiento para la declaración de lesividad (generador de actuaciones judiciales que finalizaron por la Sentencia de 11 de junio de 2014 citada en los antecedentes de este dictamen) hasta el 23 de septiembre de 2014, (es decir, durante casi cinco años), la Administración consultante –que, excusado es decirlo, cuenta con cualificado asesoramiento jurídico– no consideró que los actos objeto del expediente que nos ocupa estuviesen viciados de nulidad radical o de pleno derecho. Los consideró susceptibles de anulación por vicios de la denominada nulidad relativa, en la que se apoya el procedimiento para la declaración de lesividad. Puede afirmarse con fundamento que el procedimiento que ahora nos ocupa incurre, en su fundamentación, en la prohibición del *venire contra factum proprium*, por más que, en general, sea discutible el ámbito y alcance de la aplicación de la denominada *doctrina* (de la relevancia) *de los actos propios*, sin duda razonable y equitativa. La inicial reacción de la Administración ante el nombramiento que nos ocupa y el cambio

posterior, tras el desenlace de la declaración de lesividad, es un hecho innegable que, como veremos enseguida, presenta relevancia jurídica.

En segundo lugar, hemos de recordar que el artículo 3 del Código Civil, dentro del Título Preliminar (enteramente cambiado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, que sancionó con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, de acuerdo con la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del citado Título), no se limita, en su primer apartado, a establecer los criterios de interpretación de las normas jurídicas, sino que también dispone, en el apartado segundo que *“la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”*, salvedad ésta que no nos atañe, no sólo por el carácter no jurisdiccional de este órgano consultivo, sino porque en modo alguno se funda este dictamen exclusivamente en la equidad.

Formulada esta doble consideración previa, procede examinar las causas de nulidad radical alegadas como fundamento de la pretensión de la Administración consultante sobre la procedencia de la revisión de oficio.

**SÉPTIMA.-** 1.- La Orden 265/2015, por la que se acuerda el presente procedimiento de revisión de oficio considera nulos los actos objeto de revisión por las causas previstas en los apartados a) y f) del artículo 62.1 LRJ-PAC, esto, *“los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”* y *“los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquirieran facultades o derecho cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”*.

Procederemos a exponer seguidamente la doctrina de este Consejo Consultivo en cuanto a la primera de las causas de nulidad radical alegadas.

2.- La Administración entiende que la valoración errónea de los méritos, atribuyendo a la interesada por experiencia docente 2,8 puntos (como si hubiese trabajado 4 años de interina como Profesor Técnico de Formación Profesional en la especialidad de A) en vez de los 0,2332 puntos que le habrían correspondido por sus 4 meses de experiencia docente en dicho puesto, es contraria a las Bases de la Convocatoria y supone una lesión del “*derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalan las leyes*” y vulnera el artículo 23.2 en relación con el artículo 14, ambos de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (CE). En este sentido, la Orden considera que,

*“Procedería declarar la nulidad por esta causa, puesto que al hallarnos ante un procedimiento de concurrencia competitiva con sometimiento al principio del derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos los participantes del procedimiento un trato igual de conformidad con el artículo 14 y 23.2 de la Constitución. Y estos requisitos no concurren en la Resolución de 31 de octubre de 2008 por la que se nombra funcionaria en prácticas a N.N.N., siendo necesario depurar la quiebra relevante en el procedimiento que ha llevado al nombramiento de esa aspirante, contraviniendo las normas de la convocatoria en perjuicio de otros aspirantes con una mayor puntuación”.*

Este Consejo Consultivo ha declarado en sus dictámenes 488/09 y 489/09, de 14 de octubre, que, a pesar de que el artículo 23.2 de la Constitución sólo se refiere al derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, sin mención de los principio de mérito y capacidad, el Tribunal Constitucional ya estableció en su Sentencia 50/1986, de 23 de abril, que existe una necesaria relación recíproca entre los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, de donde se sigue que el primero de ellos impone la obligación de no exigir para el acceso a las funciones y cargos públicos requisito o condición que no sea referible a los aludidos principios de capacidad y mérito. Así pues, no existe objeción a considerar que los aludidos principios de mérito y capacidad se proyectan en la esfera del derecho fundamental recogido por el artículo 23.2 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha precisado que sólo cuando la infracción de las normas o bases reguladoras del proceso selectivo implique a su vez una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esa dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el art. 23.2 CE, lo que de suyo exige la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad, como subrayan las SSTC 115/1996, de 25 de junio, F. 4 y 73/1998, de 31 de marzo, F. 3 c.

La Sentencia de 67/1989, de 18 de abril, siempre del Tribunal Constitucional, parte de la premisa de que el principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas ha de ponerse en conexión con los de mérito y capacidad reconocidos por el artículo 103 y que implican una determinada regulación legal, ya que a la misma se remiten ambos artículos, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en

consideración, quedando limitada tal libertad por la necesidad de no crear desigualdades que sean arbitrarias en cuanto ajenas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad. En consecuencia, la misión del más Alto Tribunal es únicamente la de comprobar si se ha sobrepasado ese margen de libertad creando una diferencia de trato irracional o arbitraria entre los opositores o concursantes.

En el presente caso, cabe, *prima facie*, aducir, como lo aduce la Administración consultante, que la valoración de la experiencia docente de la interesada, a la que se le reconocen 2,8 puntos (por 4 meses de trabajo como Profesor Técnico de Formación Profesional en la especialidad de A, a razón de 0,7 puntos el mes) supone una desigualdad para con el resto de los participantes en el proceso selectivo, que fueron valorados, de acuerdo con el Baremo establecido en el Anexo I apartado 1.1.1 de la Resolución de convocatoria del proceso selectivo, de 14 de febrero de 2008, con una puntuación de 0,700 puntos por cada año de experiencia docente en especialidades del cuerpo al que optara el aspirante.

Alega la reclamante que la lesión de los derechos y libertades susceptibles de recurso de amparo constitucional requiere una impugnación o recurso promovido por quien ha sufrido la lesión. Se apoya, para fundamentar esta alegación, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1996, de 25 de junio, antes citada y que nada dice de que sólo sea posible el reconocimiento de la lesión concreta cuando haya sido recurrido en amparo “*por quien considera ha sufrido la lesión*”. Esta alegación de la reclamante no puede ser acogida. Otra cosa es, como veremos enseguida, la necesidad, o no, de que se concrete mínimamente la titularidad del derecho fundamental que se afirma violado.

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, expuesta en la Sentencia de 12 de diciembre de 2.012 (recurso de casación 967/2011), que si la Administración modifica como consecuencia de un recurso, o de oficio, un criterio de valoración de unas pruebas selectivas, ha de hacerlo para todos los participantes en el proceso selectivo, so pena de vulnerar el principio de igualdad en el acceso a la función pública. Según esta última sentencia citada:

*«..., la Sentencia de esta Sala y Sección, de 6 de marzo de 2009 (recurso 910/2007), proclama en su fundamento de derecho tercero: La sentencia recurrida mantiene un criterio diferente, en tanto sostiene que la Administración, al no aplicar el criterio de revisión a quienes no recurrieron en su día, no ha violado el principio de igualdad, pues no ha hecho sino cumplir con los efectos de las sentencias, siendo en todo caso un vicio de anulabilidad. Sin embargo, una cosa son los efectos de las sentencias, que al pretender los recurrentes el restablecimiento de una situación jurídica individualizada han de afectar exclusivamente a los mismos, y otra bien distinta que la Administración, pudiendo ejercitar la revisión de oficio, bien por la vía del artículo 102, bien por la vía del artículo 103, declarando la lesividad del acto, no lo haga, pues no puede entenderse esta facultad de revisión como una potestad discrecional de la Administración, pues el principio de sujeción al ordenamiento jurídico de la misma, artículos 9.1, 9.3 y 103.1 de la Constitución, entre otras normas, le obliga a ello, y a dispensar el mismo trato a quienes, habiendo admitido el acto administrativo que se presume legítimo, sin embargo se encuentran en la misma situación que quienes recurrieron en su día, pues en el presente caso, lo que se cambia es un criterio de calificación del proceso selectivo, y no se discute exclusivamente la puntuación o la*

*valoración personal de un opositor. Admitido por el Tribunal Constitucional y por este Tribunal Supremo que estos casos la Administración ha concurrido en violación del principio de igualdad, es evidente que nos encontramos con un supuesto de nulidad de pleno derecho, y que la Administración debió haber revisado la calificación del recurrente, que no se discute se encuentra entre los que debían haber sido aprobados. (...).*

*En similares términos se pronuncian las sentencias de esta misma Sala, de 1 de junio de 2007 (recurso 6784/2005), 22 de julio de 2008 (recurso 6778/2005), 13 de julio de 2009 (recurso 3709/2006) y 11 de octubre de 2010 (recurso 3783/2008).*

*Con posterioridad, hemos dictado la Sentencia, de 6 de octubre de 2011 (recurso 5891/2009), en relación con el proceso selectivo de ingreso en el Cuerpo de Maestros de la Comunidad Autónoma de Canarias, que ahora nos ocupa, convocado por Orden de 16 de abril de 2007, si bien en la especialidad de Educación Primaria. En el indicado supuesto, la Administración, al resolver asimismo un recurso de alzada, procedió a corregir la puntuación otorgada a todos los aspirantes en garantía del principio de igualdad de trato por entender que el criterio aplicado por la Comisión de Selección vulneraba las bases de la convocatoria. La referida Sentencia, en concordancia con la doctrina que ha quedado expuesta, sostiene que “una vez acreditada la aplicación desigual del criterio citado, la Administración venía obligada a revisar las puntuaciones de todos los aspirantes”; tras lo cual, proclama la validez de tal actuación y añade: “En este caso, además, no era preciso acudir al procedimiento de revisión de oficio pues no se había dictado un acto firme y la resolución de la Comisión de Selección era susceptible de*

*ser corregida en el seno del propio procedimiento selectivo a través del recurso de alzada procedente, respetando la garantía de audiencia a los interesados y revisando las puntuaciones por igual a todos los aspirantes”. (...).*

*En tal sentido, se pronuncia la Sentencia de esta Sala, de 23 de enero de 2009 (RJ 2009, 828) (recurso 3711/2006), cuando sostiene: “Y aunque es verdad que quien no recurre un acto administrativo lo consiente, de la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las sentencias antes referidas se desprende que si la Administración modifica como consecuencia de un recurso, o de oficio, un criterio de valoración de unas pruebas selectivas, ha de hacerlo para todos los participantes en el proceso selectivo, so pena de vulnerar el principio de igualdad en el acceso a la función pública. En consecuencia debemos distinguir entre quienes discuten el resultado de sus ejercicios o exámenes, en el que la estimación de un recurso ha de afectarles a ellos exclusivamente, y quienes impugnan un criterio de valoración, pues estos deben aplicarse por igual a quienes participan en un proceso selectivo”».*

Alega la Administración consultante que en la valoración de la experiencia docente de N.N.N. el órgano de selección se separó del criterio de valoración establecido en las Bases de la Convocatoria, por lo que, aunque ningún participante haya impugnado el nombramiento de los funcionarios en prácticas y alegado la vulneración del principio de igualdad, procede la revisión de oficio de la Resolución de 31 de octubre de 2008 de la Dirección General de Recursos Humanos, pues el criterio de valoración de la experiencia docente con una puntuación de 0,7 puntos por año de servicio en la especialidad de A no se aplicó a N.N.N., y eso supone una lesión del principio de igualdad para con el resto de los

participantes en el proceso selectivo, amén de una violación del derecho fundamental del art. 23 CE.

Sin embargo, y si bien se mira, el caso no revela en modo alguno que la Administración se separase de las Bases del concurso y tampoco que a la interesada se le aplicase un criterio de valoración distinto del aplicado a los demás concursantes. No hay un trato desigual en el sentido de separarse, respecto de un aspirante a oficio público, de las bases de la convocatoria ni en el de aplicar a ese aspirante un criterio distinto del aplicado a los demás. La realidad es que la misma Administración incurrió en un error material al aplicar, en el caso de una persona, esas bases, error consistente en confundir 4 años y 4 meses.

Por añadidura, la Administración no acredita suficientemente la concurrencia de esta causa de nulidad al haber prescindido de actuar contra aquellos de sus actos que hubiesen permitido a otros sujetos ver reparada la lesión de un derecho fundamental del que sean titulares, siendo así, que se ha centrado exclusivamente en revocar el nombramiento de la interesada como funcionaria en prácticas y en su posterior aprobado en las mismas, como antes se centró, en vía de lesividad, en revocar el acto de trámite concreto de la puntuación, cosa que, como hemos visto, el Tribunal no aceptó.

Cierto es que la Administración parece presuponer que se ha lesionado el derecho fundamental del art. 23 CE de cuantos pudieron haber sido nombrados en lugar de la interesada. Pero ésta es una argumentación de lesión de derecho fundamental en abstracto, con la que la Administración consultante se viene a constituir en defensora del orden constitucional, mas sin que en el expediente que nos ocupa aparezca indicio alguno de la Administración promotora se proponga remediar la lesión o vulneración de derechos fundamentales que algunas personas hayan podido ver

lesionados, ni conste la posibilidad jurídica de hacerlo por esta vía. Y, como ya adelantamos, una cosa es que la apreciación de la lesión de un derecho fundamental como causa de nulidad radical a los efectos que aquí interesan no requiera expresa impugnación del acto lesivo de aquel derecho por quien afirme ser su titular y otra, considerablemente distinta, que, a los efectos de la revisión de oficio, la apreciación en abstracto de lesión de derecho fundamental por la Administración sea suficiente como causa de nulidad radical y de revisión, sin que se concrete la faceta subjetiva esencial de cualquier lesión de derechos, esto es, los sujetos jurídicos lesionados: sin sujetos jurídicos lesionados no cabe, a nuestro entender, considerar existente una lesión de derecho subjetivo, cualquiera que sea su naturaleza. Cuando, como en este caso, la Administración omite los sujetos jurídicos cuyo derecho fundamental habría sido lesionado y cuando tampoco refleja en el procedimiento de revisión de oficio proponerse hacer efectivo el derecho fundamental, que sólo en abstracto afirma violado, la violación de derecho fundamental no puede considerarse demostrada para declarar nulo un acto administrativo firme.

Es oportuno recordar ahora que, como se hizo notar en la consideración jurídica sexta de este dictamen y se ha reseñado en los antecedentes de hecho, una vez advertido el error de puntuación, inicialmente y durante casi cinco años, la Administración consultante no entendió que ella misma hubiese cometido una violación de derechos fundamentales. La Administración consultante llegó a interponer demanda contencioso-administrativa de lesividad, generadora del procedimiento ordinario 545/2010. Y esa demanda, como el procedimiento administrativo anterior, implicaba excluir la existencia de una violación de derechos fundamentales. Además de cuanto antecede y queda dicho en esta consideración jurídica, es de entender que, al aducir

la causa de nulidad de pleno derecho que examinamos ahora, la Administración iría contra sus propios actos.

**OCTAVA.-** En relación con la causa prevista en el apartado f) del artículo 62.1, *“los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquirieran facultades o derecho cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”*, la cuestión fundamental consiste en determinar los requisitos que pueden ser catalogados como *“esenciales”*, circunstancia ésta que no es posible establecer *a priori* y para todos los supuestos, sino de manera individual para cada uno de ellos, *“centrando el examen en los presupuestos de hecho que en cada caso deban concurrir necesariamente en el sujeto o en el objeto, de acuerdo con la norma concretamente aplicable, para que se produzca el efecto adquisitivo en ésta previsto”* (dictamen del Consejo de Estado 2133/1996, de 25 de julio).

En aplicación de dicha interpretación restrictiva, no concurrirá la causa de nulidad especificada en el art. 62.1.f) cuando el acto en cuestión incumpla cualquier requisito exigido por el ordenamiento jurídico, aunque tales requisitos se exijan para la validez del acto que determina la adquisición de la facultad o derecho, sino que para que opere la citada causa de nulidad, de un lado, el requisito exigido ha de calificarse como esencial, bien por referirse a las condiciones del sujeto o al objeto, de acuerdo con la norma concretamente aplicable, y de otro, el acto viciado de nulidad ha de constituir el nacimiento de un auténtico derecho o facultad, no pudiendo aplicarse a aquellos actos que se limiten a remover el obstáculo existente al ejercicio de un derecho preexistente.

En el presente caso, como hemos visto, se pretende la revisión de la Resolución de 31 de octubre de 2008 de la Dirección General de

Recursos Humanos, por la que se nombra funcionaria en prácticas a N.N.N. en cuanto supone el acceso a la función pública por la interesada.

Procede examinar si la experiencia docente acreditada por N.N.N. en el proceso selectivo es requisito “*esencial*” para la superación de las pruebas y la adquisición de la condición funcionarial. Es claro que las bases de la convocatoria son ley del concurso en la medida en que vinculan a la Administración, a los órganos de selección y a quienes participen en el concurso, según establece el art. 9.2 del RD 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y se regula el régimen transitorio de ingreso a que se refiere la disposición transitoria decimoséptima de la citada ley.

La Base 8.1 de la Resolución de 14 de febrero de 2008 de la Dirección General de Recursos Humanos por la que se convocaba el procedimiento selectivo, establecía que “*se declarará que han superado las fases de concurso y oposición aquellos aspirantes a quienes, ordenados según la puntuación global asignada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento de ingreso, acceso y adquisición de nuevas especialidades en los Cuerpos Docentes, aprobado por Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, les corresponda un número de orden igual o menor al número de plazas asignadas al procedimiento por el que participan*”, estableciendo la Base 8.5 que “*en ningún caso podrá declararse que han superado las fases de oposición y concurso, y por tanto, aprobado, mayor número de aspirantes que el número de plazas convocadas. Cualquier propuesta que contravenga lo anteriormente dicho, será nula*”. Por su parte, la base 8.6 ordena que “*las Comisiones de Selección, o en su caso el Tribunal Único, finalizadas las actuaciones a que se refieren los apartados anteriores para cada uno de los cuerpos*

*objeto de esta convocatoria, elaborará, por especialidades, las listas de los aspirantes que hayan superado las fases de oposición y concurso. En estas listas figurarán en primer lugar, los aspirantes que hayan accedido desde cuerpos del mismo grupo y nivel de complemento de destino; en segundo lugar, los aspirantes que hayan accedido a cuerpos de grupo superior, y en tercer lugar, los ingresados por turno libre. Dentro de cada uno de estos grupos, los aspirantes seleccionados se ordenarán por la puntuación obtenida”.*

En este mismo sentido, el art. 26.1 del RD 276/2007 dispone que *“resultarán seleccionados para pasar a la fase de prácticas aquellos aspirantes que, una vez ordenados según la puntuación global de las fases de oposición y concurso, tengan un número de orden igual o menor que el número total de plazas convocadas, en el correspondiente cuerpo y especialidad, por la respectiva Administración educativa”.* A su vez, en los arts. 27.2 y 28 se establece el orden de los aspirantes seleccionados en función de la puntuación obtenida, sin que los aspirantes seleccionados que hayan superado las fases de oposición y concurso por orden de puntuación puedan superar el número de plazas convocadas (arts. 28 del RD y del art. 61.8 del EBEP).

De lo expuesto resulta que, si para ser nombrado funcionario en prácticas no era preciso superar una especie de *“nota de corte”*, sino alcanzar una puntuación suficiente, comparativamente con las puntuaciones de los demás, en razón del número de plazas ofertado. Dado que el último aspirante seleccionado por el turno libre de la especialidad “A” obtuvo 7,1934 puntos, N.N.N. no habría superado el proceso selectivo y, por tanto, no habría sido nombrada funcionaria en prácticas. Así, con la correcta valoración de los méritos de la interesada (4 meses de experiencia docente y no 4 años) su puntuación total en el proceso

selectivo hubiera sido de 6,7825 puntos, por lo que cabe concluir que fue indebidamente nombrada funcionaria en prácticas.

Todo lo anterior, sin embargo, no permite por sí solo responder a la cuestión de si el nombramiento fue efectuado en favor de persona que carecía de un requisito susceptible de ser considerado “*esencial*”, que es lo que la ley y la jurisprudencia citada exigen. Si de lo expuesto por la Administración y aquí reproducido hasta ahora se derivara la carencia de un requisito esencial, la consecuencia sería considerar esenciales todos los requisitos, por lo que la precisión legal sobre el carácter “*esencial*” quedaría completamente desvirtuada.

Indicio notable de la ausencia de ese carácter “*esencial*” en el caso que nos ocupa es que la diferencia entre la puntuación de la interesada y la del último aspirante evaluado en la fase de concurso sea de 0,4109 puntos. Pero lo decisivo es que las Bases de la convocatoria del proceso selectivo que nos ocupa, a diferencia de otros procesos, no fijaban una puntuación mínima, que, de no alcanzarse, cerrase la puerta a la fase ulterior del concurso o determinase la descalificación. Una tal puntuación mínima permitiría argumentar carencia de méritos reglamentariamente suficientes para aspirar a los puestos públicos del presente caso. La exigencia de esos méritos mínimos sería equivalente a la exigencia de una concreta titulación o cualificación académica o profesional, como se ha planteado en otros casos de los que ha conocido este Consejo.

No cabe, empero, con las Bases que nos interesan en la mano, sostener que una puntuación de 6,7825 puntos implicaba carecer de idoneidad para adquirir la condición funcional que la Administración consultante atribuyó a N.N.N. En otros términos, con una puntuación de 6,7825 puntos se podía ser nombrado y la improcedencia del nombramiento de N.N.N. no deriva de esa puntuación valorativa de sus méritos, sino de la

existencia de otro u otros aspirantes con superior puntuación. Por todo lo cual, hemos de concluir, siempre respetando la excepcionalidad de la revisión de oficio y la consiguiente interpretación restrictiva de sus presupuestos, que N.N.N. no carecía de un requisito en verdad “*esencial*” para su nombramiento, por lo que no concurre en este caso la causa de nulidad del art. 62.1.f) de la Ley 30/1992.

Por añadidura, también al aducir esta causa de nulidad de pleno derecho, que consideramos infundada, la Administración consultante iría contra sus propios.

**NOVENA.-** Sentado lo anterior, es obligado recordar que la posibilidad de revisar de oficio los actos firmes pero nulos de pleno derecho en cualquier momento queda excluida, que no simplemente matizada, por la propia LRJ-PAC, cuando en su artículo 106 dispone que “*las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas 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*”.

Procede, pues, analizar ahora si en el caso que nos ocupa resulta de aplicación el precitado artículo 106 LRJ-PAC.

En cuanto al “*tiempo transcurrido*”, se ha de tener en cuenta que desde las Resoluciones de la Dirección General de Recursos Humanos de 31 de octubre de 2008 y 23 de julio de 2009, cuya nulidad radical se aduce, y la fecha de incoación del procedimiento de revisión, el día 9 de febrero de 2015, transcurren más de seis y de cinco años, respectivamente.

La consideración del tiempo transcurrido es relevante por distintas razones y, de entre ellas, en orden a considerar si, seis años después de la

adopción de la resolución, la revisión del acto puede suponer una vulneración de la seguridad jurídica como valor fundamental del ordenamiento jurídico desde el punto de vista constitucional en virtud del artículo 9.3 de la Constitución.

En este punto, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 25 de mayo de 2012, afirma lo siguiente:

*«La revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto. La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros.*

*E igualmente sostiene que ante la redacción del artículo 106 de la ley 30/92 “parece evidente que la decisión última sobre la procedencia o no de la aplicación del art. 106 dependerá del caso concreto y de los bienes jurídicos en juego, comprendiendo el precepto tanto la prescripción tributaria, como la de los derechos y*

*obligaciones originados en el seno de las relaciones entre la Administración y el ciudadano y los derechos adquiridos en las relaciones entre particulares”.*

El Tribunal Supremo, en las sentencias de 11 de mayo de 1981, 7 de junio de 1982 y 7 de mayo de 1992, entre otras, no parece haber dudado en dar prevalencia al principio de seguridad sobre el de legalidad.

La precitada Sentencia afirma también literalmente:

*«Un análisis de la aplicación de dicho precepto [el art. 106 LRJ-PAC] por los Tribunales nos indica que en los casos analizados ha existido una pasividad en el ejercicio de la solicitud de revisión de los actos nulos por quienes podían hacerla durante un largo periodo de tiempo pese a tener conocimiento de los hechos que fundamentarían la causa de nulidad alegada».*

Señalamos en nuestro Dictamen 334/14 que la referencia del precepto a los plazos o al tiempo que debe haber transcurrido para que tales principios sean dignos de protección no puede identificarse ni con los breves plazos de caducidad que el ordenamiento prevé para impugnar los actos administrativos, ni tampoco con el plazo de cuatro años con que cuenta la Administración para declarar lesivos sus propios actos anulables e impugnarlos ante la Jurisdicción (recuérdese que los límites del art. 106 también se aplican al art. 103 LRJ-PAC), de modo que, cuando menos, el tiempo que debe haber transcurrido para poder invocar con éxito los límites temporales del art. 106 debe ser superior a ese plazo mínimo de 4 años que prevé el art. 103 de la LRJ-PAC.

En el presente caso han transcurrido seis años desde que se dictó la Resolución de 31 de octubre de 2008 por la que se nombraba a N.N.N. funcionaria en prácticas. Se supera así el tiempo de 4 años, que en el

precitado Dictamen se indicaba de modo orientativo y sin carácter autovinculante, pues en cada revisión de oficio es obligado esforzarse en conocer y valorar las circunstancias del caso concreto.

El Servicio Jurídico en la Consejería de Educación, Juventud y Deporte y la propuesta de resolución, señalan que el tiempo transcurrido no supone un límite a la revisión de oficio, porque la Administración en ningún momento se ha mantenido inactiva y aquiescente respecto de la situación de N.N.N. No siendo erróneas esas afirmaciones, carecen de la relevancia que les atribuye la Administración consultante.

Es indiscutible la ausencia de total pasividad de la Administración una vez apreciado el error de puntuación tantas veces referido. Pero, además de no ser esa ausencia de pasividad un elemento que el artículo 106 LRJ-PAC mencione como criterio que ha tomarse en cuenta, no cabe eludir que la actividad de la Administración precisamente en orden a la revisión de oficio, que es lo que ahora plantea y lo que ahora es relevante (también para el Tribunal Supremo en su tan citada Sentencia de 25 de mayo de 2012, último párrafo transcrito), no comienza hasta el 9 de febrero de 2015. En cuanto a la revisión de oficio hay una inactividad de más de seis y cinco años.

Por otra parte, el art. 106 LRJ-PAC no impone tomar en consideración únicamente “*el tiempo transcurrido*”, sino también “*otras circunstancias*”, así como la equidad.

Entendemos que, además de lo expuesto en las consideraciones jurídicas quinta y sexta de este dictamen, son circunstancias que, en su conjunto, merecen ser tenidas en cuenta las siguientes:

1ª) No se efectúa a la interesada reproche alguno respecto del error de puntuación de uno de los méritos apreciables en la base de concurso (la experiencia docente).

2ª) No consta en el expediente que en el tiempo en que la interesada ejerció como funcionaria en prácticas antes de ser suspendida cautelarmente al incoarse el procedimiento administrativo para la declaración de lesividad (desde finales de octubre de 2008 a principios de diciembre de 2009) se formulase queja o se expresase insatisfacción respecto del desempeño de sus funciones por la interesada.

3ª) Desde comienzos del mes de octubre de 2009 hasta mediados del mes de junio de 2014, la interesada, N.N.N. se ha visto envuelta en procedimiento administrativo y posterior proceso contencioso-administrativo relativos a la anulabilidad de su nombramiento, que, en definitiva, se han revelado improcedentes, pero que, conforme a la experiencia común, seguramente han representado para la interesada gastos, esfuerzos e inquietud.

Estas circunstancias conducen a entender contrario a la equidad el ejercicio en este caso de la facultad de revisión de oficio.

**DÉCIMA.-** En resumen, este Consejo entiende que no está suficientemente acreditada la concurrencia de la primera causa de nulidad aducida por la Administración consultante (la de la letra a) del art. 62.1 LRJ-PAC) y que no concurre la segunda causa de nulidad (carencia de un requisito esencial para la adquisición de derechos: letra f) del mismo art. 62.1 LRJ PAC), siendo así que tampoco de concurrir ambas producirían el efecto pretendido por la Administración al ser aplicables al presente caso los límites establecidos en el artículo 106 LRJ-PAC.

En méritos de lo expuesto, este Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

No procede la revisión de oficio de la Resolución de 31 de octubre de 2008, de la Dirección General de Recursos Humanos (BOCM de aaa) por la que se nombra funcionaria en prácticas, entre otros, a N.N.N., y tampoco es procedente la revisión de oficio de la Resolución de 23 de julio de 2009, de la Dirección General de Recursos Humanos (BOCM de bbb) por la que se declara a la interesada apta en la fase de prácticas del procedimiento selectivo, convocado por Resolución de 14 de febrero de 2008.

Este dictamen es vinculante.

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA  
AL PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO, D. MARIANO  
ZABÍA LASALA Y AL QUE SE ADHIERE LA CONSEJERA,  
DÑA. BEATRIZ GRANDE PESQUERO**

«Mariano Zabía Lasala, Consejero Electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo y con el mayor respeto a la decisión mayoritaria, formulo voto particular discrepante respecto al dictamen nº 243/15, por el que finaliza el expediente 202/15. Mi discrepancia se

fundamenta en los siguientes tres motivos, que enumero ahora para analizar pormenorizadamente a continuación:

a) En la tramitación del expediente de revisión de oficio sobre el que versa el dictamen, la Consejería de Educación ha cometido una grave infracción al no conceder audiencia a la totalidad de los interesados con clara indefensión de los mismos, infracción que, a mi juicio, debería haber supuesto la retroacción del procedimiento para la correcta realización del trámite de audiencia.

b) Existe a mi juicio, en contra del parecer del dictamen, causa de nulidad de pleno derecho y, concretamente la tipificada en el apartado a) del artículo 62.1 de la LRJ-PAC.

c) No resulta aplicable al caso analizado lo dispuesto en el artículo 106 de la LRJ-PAC que establece los límites a la revisión de oficio.

Los criterios anteriormente expuestos se fundamentan en los siguientes motivos:

#### I. Infracción del trámite de audiencia.

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid ha puesto reiteradamente de relieve la importancia del trámite de audiencia cuya ausencia, de acuerdo con los criterios doctrinales del propio Consejo, determinaría la retroacción del procedimiento tal como señalan, entre otros, los dictámenes 142/14 y 144/14 de 2 de abril a los que me remito en este punto. Más concretamente, el Consejo ha ordenado la retroacción del procedimiento en tres supuestos de procedimientos selectivos de personal, supuestos contemplados en los dictámenes 414/09, 416/09 y 391/14.

En el caso contemplado en el dictamen del que discrepo se ha dado audiencia a uno de los interesados, en concreto a N.N.N., beneficiada por el error cometido en la valoración de los méritos, pero no se ha dado audiencia a los candidatos que resultaron perjudicados por el error de la Administración.

Los candidatos desplazados por la incorrecta calificación de N.N.N. son, a mi juicio, auténticos interesados en el procedimiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.1.b) de la LRJ-PAC, pues ostentan no sólo un derecho genérico a acceder en condiciones de igualdad a las funciones o cargos públicos, sino el mucho más concreto de obtener la condición de funcionario de carrera – el candidato que no pudo acceder a dicha condición por la errónea calificación de N.N.N. que, con sus méritos reales, no habría podido ser nombrada funcionaria del Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional – o de obtener una plaza mejor que la que obtuvieron al ser desplazados por N.N.N. Se trata, a mi juicio, de todos los candidatos comprendidos entre el puesto veinticinco y el cuarenta y seis en las calificaciones de las fases de oposición y concurso.

Sorprende realmente que en ningún momento del larguísimo procedimiento que ha seguido el asunto sometido a dictamen de este Consejo se haya dado audiencia a dichos interesados, que, de esta manera, se han visto privados de la posibilidad de defender los derechos que legítimamente les corresponden.

Pero sorprende aún más que el dictamen del que discrepo ni siquiera se plantee la existencia de tales interesados siendo así que ya la sentencia del TSJ de Madrid de fecha 18 de julio de 2012 señalaba que procedía la declaración de lesividad *“por cuanto resulta patente el interés de otros candidatos a las plazas convocadas en el proceso selectivo”* afirmación que

no se ve contradicha por la posterior sentencia del TS de fecha 11 de junio de 2014.

En general, he de decir que, a mi juicio, el dictamen del que discrepo parte del permanente error de considerar el asunto planteado como un conflicto estrictamente bilateral entre la Administración educativa y la candidata N.N.N., olvidando la existencia de otros interesados y, sobre todo, la existencia de un interés general que debe de ser en todo momento preservado, un interés que, en el caso que nos ocupa, se concreta en la necesidad de mantener la pulcritud y el rigor en las pruebas de acceso a la Administración Pública, exigencias que constituyen el más sólido fundamento no sólo de la igualdad en el acceso a la administración de acuerdo con los criterios de mérito y capacidad, sino también de la eficacia y la objetividad de nuestra Administración Pública.

Este error de planteamiento, que se hará patente en las argumentaciones del dictamen sobre la existencia o inexistencia de causa de nulidad y, sobre todo, en las referidas a los límites a la potestad de revisión de oficio, se halla también presente en las consideraciones sobre el trámite de audiencia.

Esos interesados a los que el dictamen ignora, parecen, sin embargo, colarse de rondón en la argumentación que el dictamen utiliza para - sin decirlo expresamente - justificar el hecho de que no se les haya dado audiencia en un procedimiento en el que, a la vista de las conclusiones del dictamen del que discrepo, son, a mi juicio, los más directos interesados. El dictamen dice en su página 17/42 lo siguiente:

*“Como quiera que el procedimiento de revisión de oficio que nos ocupa ha sido iniciado por la misma Administración y resulta indudable, a la vista de todo el expediente, que no se pretende otra*

*cosa que declarar la nulidad radical de un nombramiento conferido por actos administrativos firmes, el trámite de audiencia no adolece de vicio alguno y es conforme a Derecho, sin que nadie distinto a la persona oída pueda alegar indefensión”.*

Dicho de otra forma: éste es un asunto entre la Administración y N.N.N. en el que nadie más puede intervenir. Parece innecesario argumentar que, de acuerdo con lo establecido en el art. 31 de la LRJ-PAC el hecho de no haber iniciado el expediente – o el hecho de que lo haya iniciado de oficio la Administración - no afecta, como parece insinuar el dictamen del que discrepo, a la condición de interesado, de la misma manera que parece evidente que el hecho de que se pretenda anular un nombramiento concreto no excluye la posibilidad – en este caso, realidad – de que tal pretensión afecte y de forma muy directa a otros interesados. En el supuesto que contemplamos son, a mi juicio, veintidós afectados que, con muy justo título pueden alegar indefensión ante el hecho evidente de que la Administración vaya a adoptar una resolución que afecta a su derecho a ingresar en el Cuerpo Técnico de Formación Profesional no ya sin haber sido oídos, sino sin ni siquiera haber tenido conocimiento del error cometido en su momento y del expediente que se estaba tramitando para subsanarlo.

II. Existencia de la cuasa de nulidad prevista en el artículo 62.1.a) de la LRJ-PAC.

Estimo, en contra de las conclusiones del dictamen del que discrepo, que hay sólidas razones para considerar que los actos objeto de revisión vulneran el derecho fundamental a acceder a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE). Este derecho garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública con arreglo a las bases y al procedimiento de selección establecido, garantizando su

aplicación por igual a todos los participantes e impidiendo que la Administración, mediante la inobservancia o la interpretación indebida de lo dispuesto en la regulación del procedimiento de acceso, introduzca diferencias no preestablecidas entre los distintos aspirantes (SSTC 193/1987, 353/1993, 115/1996).

De la STS de 12 de diciembre de 2012 que cita el dictamen se infiere que la distinta valoración de los méritos entre unos y otros participantes en las pruebas de acceso vulnera el principio de igualdad en el acceso a la función pública. En la STS de 18 de noviembre de 2014 (recurso 2718/2013), citando varias de 2010, se incide en la misma idea al señalar que no se colocan en situación de desigualdad a los participantes de un proceso selectivo si la indebida aplicación de las bases afecta a todos. Sin embargo, añade la sentencia (aunque se refiere al supuesto opuesto: se excluye a un aspirante porque se le aplican mal las bases de la convocatoria) se vulnera el art. 23.2 CE como “*consecuencia de un error de hecho o aritmético*” en la aplicación de los méritos establecidos en la convocatoria.

El dictamen señala expresamente que no hay un trato desigual, en el sentido de separarse, respecto de un aspirante a un oficio público, de las bases de la convocatoria ni en el de aplicar a ese aspirante un criterio distinto del aplicado a los demás, sino un error material al aplicar en el caso de una persona, esas bases; error que parece a todas luces excesivo calificarlo como violación del art. 23.2 CE. En mi opinión, el que se trate de un error material (si es que, efectivamente, se trata de un error material) consistente en confundir en el cómputo de la antigüedad 4 años con cuatro meses no evita el que, como consecuencia de dicho error, la Administración se haya separado de las bases, ha aplicado a la aspirante un criterio distinto a los demás (erróneo, pero distinto) y discriminatorio con respecto a los que superaron el concurso-oposición y a los que no lo

superaron, a todos los cuales los meses de antigüedad no se les convirtieron en años. Un error material de la Administración puede vulnerar un derecho fundamental como se ve perfectamente en la STS de 18 de noviembre de 2014, citada más arriba.

A este respecto conviene recordar que la jurisprudencia es sumamente recelosa y restrictiva con el ejercicio por parte de la Administración de su potestad para rectificar los errores materiales o de hecho que consagra el art. 105.2 LRJ-PAC, precisamente porque la Administración la puede utilizar para eludir los cauces más estrictos y garantistas de los arts. 102 y 103, y por eso niega su ejercicio cuando la rectificación implica una alteración fundamental del contenido del acto, como sería el caso.

Tampoco se comparte la argumentación final sobre esta causa consistente en afirmar que no hay sujetos jurídicos lesionados y sin tales no hay lesión de un derecho subjetivo. Los sujetos lesionados son el resto de opositores a los que el cómputo de la antigüedad se les aplicó correctamente y la Administración puede y debe (el TS ha dicho que esta potestad no es discrecional) ejercer sus potestades de revisión de oficio para garantizar que sus actos no vulneren los derechos fundamentales. El argumento de que los siguientes en la lista no impugnaron la valoración ni consideraron lesionado su derecho a la igualdad se explica perfectamente ya que carecían de elementos para contrastar la errónea valoración de la antigüedad de la interesada y su incidencia directa en el resultado del proceso selectivo.

Por último me parece necesario poner de relieve la contradicción que supone afirmar taxativamente la inexistencia de sujetos jurídicos lesionados y la negativa a dar trámite de audiencia a quienes efectivamente han visto lesionados sus derechos por el error de la Administración. Dicho de otra forma: como no les damos oportunidad de

hablar, nadie dice nada y, como nadie dice nada, no hay sujetos jurídicos lesionados.

Creo que sería posible considerar, como hace la propuesta de resolución, la posible existencia de la causa de nulidad tipificada en el art. 61.1.f) de la LRJ-PAC, pero me parece innecesario hacerlo dado que la errónea calificación de los méritos de N.N.N. supone una clara vulneración de lo dispuesto en el artículo 23.2 en relación con el 14 CE y, por lo tanto, nos encontramos ante una clara causa de nulidad del acto administrativo por el que se procede a su nombramiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62.1.a) de la LRJ-PAC.

III. Inaplicabilidad al caso controvertido de los límites a la revisión de oficio contenidos en el art. 106 de la LRJ-PAC.

Por último, el dictamen, de forma totalmente innecesaria de acuerdo con sus propios planteamientos (no cabe la revisión porque los actos no son nulos) trata de cerrar todas las posibilidades a la Administración y sostiene que sería de aplicación el art. 106 LRJ-PAC que establece los límites a la revisión de oficio.

El tiempo transcurrido no es en sí mismo un límite a la revisión de oficio de los actos administrativos. El dictamen del que discrepo considera, sin embargo, especialmente relevante este tiempo dado que el transcurso del mismo ha sido motivado por la inactividad de la Administración. Esta afirmación es contradictoria con el contenido del propio dictamen que, previamente ha afirmado – pg. 39/42 – que *“además de no ser esa ausencia de pasividad, un elemento que el art. 106 mencione como criterio que ha de tomarse en cuenta, no cabe eludir que la actividad de la Administración precisamente en orden a la revisión de oficio, que es lo que ahora plantea y lo que ahora es relevante no comienza hasta el 9 de febrero de 2015. En cuanto a la*

*revisión de oficio – concluye – a la revisión de oficio hay una inactividad de más de seis años*”. El dictamen, dicho en otros términos, considera que no debe tomarse en consideración la ausencia de pasividad de la Administración, pero sí la pasividad de la misma.

Con independencia de que los seis años transcurridos no constituyan un periodo excesivo en un procedimiento de revisión de oficio, hay que señalar que la anterior argumentación desprecia cuatro hechos fundamentales: que la Administración, en cuanto tuvo conocimiento del error cometido, puso en marcha el procedimiento para la anulación del acto incorrectamente adoptado; que el nombramiento de N.N.N. fue inmediatamente suspendido en vía administrativa (suspensión confirmada por el TSJ de Madrid) y que suspendido sigue en la actualidad a pesar de la *“inactividad”* de la Administración; que el TSJ de Madrid estima la lesividad para el interés público de la calificación otorgada a NN.N., lesividad que no es puesta en cuestión por la posterior sentencia anulatoria del TS; que, según jurisprudencia del TS (STS de 15 de diciembre de 2006, recurso nº 199/2004) es posible que primero se inicie una revisión de oficio y luego la Administración desista de ella e inicie la declaración de lesividad o a la inversa y que, según la mejor doctrina administrativa, la concurrencia de una causa de nulidad no obliga a la Administración a proceder por la vía de la revisión de oficio, siendo posible la vía del art. 103, lo que, a los efectos que ahora nos interesan, significa que el hecho de que el procedimiento de revisión de oficio se iniciase antes o después es indiferente a la hora de juzgar la inactividad de la Administración, puesto que la administración inició en cuanto tuvo conocimiento de los hechos un procedimiento perfectamente adecuado para expulsar de la vida jurídica un acto nulo de pleno derecho.

A mayor abundamiento he de decir que existen distintos pronunciamientos del TS, precisamente dictados en relación a procesos

selectivos (para el ingreso en los cuerpos de Oficiales y Auxiliares de la Administración de Justicia) en los que se propugna la revisión de oficio con fundamento en la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho por vulneración del principio de igualdad, distinguiendo entre quienes habían interpuesto previamente un recurso contencioso-administrativo terminado mediante resolución con eficacia de cosa juzgada y quienes, en su momento, no impugnaron la resolución administrativa cuya nulidad solicitaban. En las indicadas sentencias se admite la posibilidad de que estos últimos insten la revisión (a pesar de haber transcurrido once años desde el acto administrativo) frente a los primeros, a quienes se les denegaba dicha posibilidad. Así, sentencias de 1 de junio de 2007 (casación 6784/2005), 14 de diciembre de 2010 (1133/2008), 20 de mayo de 2011 (casación 6596/2009) y 20 de julio de 2012 (casación 2172/2010).

El dictamen del que discrepo añade, además, que concurren otras circunstancias dignas de consideración para aplicar el art. 106 de la LRJ-PAC, en concreto que:

a) No se efectúa a la interesada reproche alguno respecto a la puntuación. Admitir esto supondría que casi nunca se podría revisar un acto administrativo, porque la mayor parte de los vicios de nulidad de pleno derecho son imputables a la Administración, que es quien los dicta, y no a los particulares.

b) No consta en el expediente que haya habido quejas sobre el desempeño de sus funciones por la interesada. De haber sido nombrada funcionaria y haber tomado posesión, llevará poco tiempo en su cargo porque, como se recordará, la Administración adoptó inmediatamente la medida cautelar de suspensión del acto que pretendía declarar lesivo. En todo caso, esta circunstancia ni figura en el art. 106 LRJ-PAC como

límite a la revisión, ni puede ser un criterio para impedir que un acto nulo de pleno derecho sea eliminado. Ante la invocación de una circunstancia tal, cabría preguntarse si el hecho de que se hubieran formulado quejas contra la interesada sería un motivo para no aplicar los límites a la revisión de oficio de su nombramiento. Lógicamente no. La existencia o inexistencia de quejas sobre el desempeño de sus funciones dilucidar por vía disciplinaria.

c) Desde 2009 se ha visto implicada en un procedimiento administrativo y en un posterior proceso contencioso que han representado para la interesada gastos, esfuerzos e inquietud. Estos argumentos no se encuentran tampoco en el art. 106 y no deben tener relevancia en un juicio de ponderación entre el principio de seguridad jurídica y el de legalidad de la actividad administrativa. En su caso, los posibles perjuicios para la interesada podrían ser resarcidos por vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Respecto a la doctrina de los actos propios, utilizada por el dictamen para apoyar la aplicación del art. 106 LRJ-PAC, considero necesario decir que ésta es una doctrina menos aplicable en el ámbito del derecho público que en el del derecho privado, menos utilizable aún en un procedimiento que, como el de revisión de oficio, tiene por objeto permitir a la Administración volver sobre sus propios pasos y de ningún modo aplicable al caso concreto que analizamos, pues, como ya he señalado con anterioridad, no existe contradicción en la aplicación sucesiva de las vías previstas en el art. 102 o en el 103 de la LRJ-PAC.

Lo relevante a efectos de los límites de la revisión de oficio es si se ha generado en el interesado una confianza legítima o no. La circunstancia de que la Administración suspendiera cautelarmente el acto que ahora se pretende anular ha eliminado la confianza que el nombramiento inicial y

el posterior desarrollo de sus funciones hubieran podido generar en la interesada. Por otra parte, NN.N. conocía o, cuando menos, debía conocer el error cometido por la Administración al valorar su antigüedad, lo que también impide considerar que la Administración con su actuación haya generado una confianza legítima en la interesada. En todo caso los posibles perjuicios para la interesada, siempre pueden ser resarcidos por vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por último, creo necesario poner de relieve cómo el dictamen en sus argumentaciones vuelve a considerar el caso controvertido como un asunto exclusivo entre la Administración educativa y NN.N., sin que en la ponderación de los criterios a efectos de la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 106 se tomen en cuenta los intereses de todas aquellas personas que, en su momento, se vieron afectadas por el error cometido por la Administración y que tienen, a mi juicio, un carácter preponderante. No considero necesario utilizar argumentos de justicia material, pues son muchos los argumentos jurídico-positivos que, a mi juicio siempre respetuoso con el criterio de la mayoría, avalan las opiniones que mantengo, pero, llegados a este punto, sí considero necesario poner de relieve que el dictamen del que discrepo viene a consolidar de manera casi definitiva una situación gravemente perjudicial para un numeroso grupo de aspirantes al ingreso en el Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación profesional.

Por todo ello considero, en contra del criterio sostenido por el dictamen del que discrepo, que no son de aplicación al caso controvertido los límites establecidos en el art.106 de la LRJ-PAC.

En conclusión, por las razones anteriormente expuestas, considero, en contra del criterio mayoritario de este Consejo, que en el procedimiento seguido para la revisión de oficio de la Resolución de 31 de octubre de

2008, de la Dirección General de Recursos Humanos, en lo que se refiere al nombramiento de N.N.N. como funcionaria en prácticas del cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional, se debería haber dado audiencia a todos aquellos candidatos que resultaron relegados por el nombramiento irregular de N.N.N., nombramiento que incurrió en una causa de nulidad de pleno derecho que exige la revisión de oficio del mismo, sin que a tal revisión puedan oponerse los límites establecidos en el art. 106 de la LRJ-PAC».

Madrid, 21 de mayo de 2015

