

Dictamen n.º: **687/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **07.12.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 7 de diciembre de 2011, sobre expediente de revisión de oficio instruido a nombre de la Sociedad Española de Neurología, al amparo del artículo 13.1.f) 2.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en solicitud de nulidad de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada el 30 de enero de 2006 por la Sociedad Española de Neurofisiología Clínica sobre la obligatoriedad de que las pruebas neurofisiológicas que se realicen en el ámbito de la Comunidad de Madrid se realicen únicamente por especialistas con título propio de la especialidad de neurofisiología clínica.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 31 de octubre de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen firmada por el consejero de Sanidad el día 27 de octubre de 2011, en el asunto referido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 709/11, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

Su ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por unanimidad por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 7 de diciembre de 2011.

SEGUNDO.- Del expediente remitido resultan de interés para la emisión de dictamen los siguientes hechos:

Mediante escrito presentado el 30 de enero de 2006, la Sociedad Española de Neurofisiología Clínica instó el dictado de resolución por la que se declarase y dispusiese la obligatoriedad de que las pruebas neurofisiológicas que se realicen en el ámbito hospitalario de la Comunidad de Madrid sean realizadas únicamente por especialistas con título propio de la especialidad de Neurofisiología Clínica.

La Consejería de Sanidad y Consumo mediante oficio de 7 de febrero de 2006 acusó recibo de la solicitud al tiempo que informaba *“su traslado a la Dirección General del Servicio Madrileño de Salud, como unidad competente en la materia, para su conocimiento, valoración y actuaciones que en su caso procedan”*.

El 21 de junio de 2006 la Sociedad Española de Neurofisiología Clínica interpone recurso de alzada contra la resolución desestimatoria por silencio administrativo de su solicitud de 30 de enero de 2006.

Contra la desestimación presunta del recurso de alzada, la precitada sociedad, mediante escrito presentado el 7 de diciembre de 2006, interpone recurso contencioso-administrativo aduciendo principalmente que se había producido la figura del doble silencio administrativo recogido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP-PAC). Admitido a trámite el

recurso por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 8ª), fue resuelto mediante Sentencia nº 838, de 22 de abril de 2009, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

“Que estimando el recurso contencioso-administrativo nº 542/07, interpuesto -en escrito presentado el día 7 de diciembre de 2006- por el letrado A.C.H., actuando en nombre y representación de la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE NEUROFISIOLOGÍA CLÍNICA (actualmente representada por el Procurador L.E.M.), contra la desestimación presunta del recurso de alzada deducido (escrito presentado el 21 de junio de 2006) frente a la desestimación presunta de la reclamación formulada (30 de enero del mismo año 2006) a la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid (CAM) para que se declare y disponga la obligatoriedad de que las pruebas neurofisiológicas que se realicen en el ámbito hospitalario de esta Comunidad Autónoma sean realizadas únicamente por especialistas con título propio de la especialidad de Neurofisiología Clínica, debemos declarar y declaramos que la reclamación de la actora ha sido estimada por silencio positivo, debiendo proceder la Administración Sanitaria de la Comunidad de Madrid con arreglo a lo reclamado”.

Contra dicha sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Servicio Madrileño de Salud formuló recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, resuelto mediante Sentencia de 15 de marzo de 2011 del Alto Tribunal. En el Fundamento de Derecho cuarto de la referida sentencia, el Tribunal Supremo razona lo siguiente: *“El silencio administrativo positivo, según el artículo 43.3 de la Ley 30/1992, tiene todos los efectos propios o característicos que tendría un acto finalizador del expediente, salvo el de dejar formalmente cumplido el deber de resolver; de ahí, el apartado 4.a) en la redacción actual, dispone que “en los casos de estimación por silencio administrativo, la*

resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo”.

En el supuesto que analizamos no abrigamos la más mínima duda, que se produjeron los presupuestos necesarios para que se produjera el silencio positivo; es, en este sentido, claro y preciso el artículo 43.2 in fine al afirmar que “cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo” y aquí, es un hecho no cuestionado por las partes intervinientes en la instancia que el procedimiento administrativo se inició por una petición autónoma de la demandante, la Sociedad de Neurofisiología Clínica, que solicitaba que “se declara la obligatoriedad de las pruebas neurofisiológicas que sean realizadas exclusivamente por especialistas con título propio de la especialidad de Neurofisiología Clínica”; por ello, con razón sostiene la Sala de instancia que “la solicitud de la actora no se insertaba en ningún procedimiento de autoorganización de la Administración autonómica sanitaria, sino que es una solicitud autónoma basada en unas concretas disposiciones -Real Decreto 127/1984, Real Decreto 1277/ 2003 y Ley 44/2003-...

Ahora bien, una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar como realiza el Tribunal de instancia, un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el artículo 62.1 f) de la Ley 30/1992 son nulos de pleno derecho los actos presuntos “contrarios” al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto, según declaramos, entre otras, en nuestra sentencia de uno de abril de dos mil cuatro, recaída en el recurso de casación 1602/2000, que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto

o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecido por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad”.

TERCERO.- Mediante escrito registrado de entrada en la Consejería de Sanidad el día 4 de agosto de 2011, la Sociedad Española de Neurología formula una solicitud de revisión de oficio contra la estimación por efecto del doble silencio administrativo reconocido en el artículo 43.2 de la LRJAP-PAC, de la previamente referida solicitud de la Sociedad Española de Neurofisiología Clínica de 30 de enero de 2006, con base en los artículos 102 y 62.1 f) de la LRJAP-PAC. Fundamentan su petición en la consideración de que la solicitud de los neurofisiólogos clínicos supone un intento de atribución competencial exclusiva y excluyente que claramente está en contra de lo dispuesto por el bloque normativo aplicable y que pretende favorecer a los mismos, atribuyéndoles unos cometidos y competencias profesionales para los que los neurólogos también se encuentran legalmente capacitados, en virtud de lo establecido en la Orden 528/2007, de 20 de febrero, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Neurología, elaborado de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

Admitida a trámite la solicitud, se dio traslado a la Sociedad Española de Neurofisiología Clínica como parte interesada, para que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84 de la LRJAP-PAC, pudiera formular alegaciones y presentar los documentos que estimare oportuno en el plazo de diez días contados a partir de la notificación efectuada el 1 de septiembre de 2011.

El día 6 de septiembre de 2011 la Sociedad Española de Neurofisiología Clínica cumplimenta el trámite conferido al efecto oponiéndose a la revisión de oficio solicitada por entender ajustada a derecho la solicitud en su día formulada y estimada por silencio administrativo sobre la

obligatoriedad de que las pruebas neurofisiológicas que se realicen en el ámbito hospitalario de la Comunidad de Madrid sean realizadas únicamente por especialistas con título propio de la especialidad de Neurofisiología Clínica.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 de la LRJAP-PAC, se solicitó informe del Servicio Madrileño de Salud.

En contestación a dicho requerimiento, la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud evacua informe de 21 de septiembre de 2011, en el que se señala que: *“...todo parece indicar que la pretensión de esta Sociedad (Sociedad de Neurofisiología Clínica) no tiene sustento legal ni en la Ley 44/2003, de Ordenación de las Profesiones sanitarias ni en el RD 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud, que invocan, dado que en modo alguno imponen que unas actividades como las que demanda esta sociedad se realicen “pro futuro” por únicamente determinados profesionales, antes el contrario, el espíritu de estas normas es otro, como se recoge en la exposición de motivos de la Ley 44/2003, cuando señala que se reconoce la necesidad de resolver, con pactos interprofesionales previos a cualquier normativa reguladora, la cuestión de los ámbitos competenciales de las profesiones sanitarias manteniendo la voluntad de reconocer simultáneamente los crecientes espacios competenciales compartidos interprofesionalmente y los muy relevantes espacios específicos de cada profesión, por ello, en esta ley no se ha pretendido determinar las competencias de unas y otras profesiones de una forma cerrada y concreta sino que establece las bases para que se produzcan estos pactos entre profesiones...”*

En consecuencia, la normativa específica que regula las profesiones sanitarias no ha contemplado en régimen de exclusividad como pretende esta Sociedad el ejercicio por unos únicos profesionales de unas

determinadas competencias, y no cabe admitir que a través de un Real Decreto 1277/03, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, que lo único que hace es definir la Unidad de Neurofisiología, se puedan irrogar con carácter exclusivo estas funciones cuando su legislación específica no lo contempla...”.

Además en el precitado informe se pone de manifiesto que la mencionada Sociedad de Neurofisiología Clínica ha dirigido idéntica pretensión a la formulada frente a la Comunidad de Madrid a otras dos Comunidades Autónomas, Cantabria y Extremadura, con resultados distintos.

En el caso de Cantabria, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de esa Comunidad nº 572/2010, de 25 de junio, estimó el recurso contencioso administrativo deducido contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación formulada por la Sociedad Española de Neurofisiología Clínica, de manera que tras estimar producida la estimación por silencio positivo al amparo del artículo 43 de la LRJAP-PAC, entra en el análisis de la legalidad intrínseca del acto presunto esgrimiendo los mismos razonamientos que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia de 22 de abril de 2009 que cita expresamente. La sentencia ha sido recurrida en casación por la Sociedad Española de Neurología y por el Gobierno de Cantabria, siendo admitida a trámite por el Auto del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 1ª) de 7 de abril de 2011.

Por el contrario, en el caso de Extremadura, el Servicio Extremeño de Salud resolvió expresamente denegando la solicitud de la Sociedad Española de Neurofisiología Clínica, por lo que aquí no opera el silencio administrativo positivo. El Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Mérida estimó el recurso contencioso-administrativo

interpuesto por esta sociedad médica, reconociendo el derecho a la sociedad recurrente de la situación jurídica individualizada de la obligatoriedad, por parte del Servicio Extremeño de Salud, de la exigencia de la mencionada especialidad. Interpuesto recurso de apelación por el Gabinete Jurídico de la Junta de Extremadura y por la Sociedad Española de Neurología contra la sentencia de instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 1^a), revoca la sentencia de instancia, confirmando la resolución denegatoria del Servicio Extremeño de Salud por estimarla ajustada al ordenamiento jurídico. En su Fundamento de Derecho séptimo razona la referida sentencia que con la petición formulada por la Sociedad Española de Neurofisiología Clínica : *“... lo que en realidad se está pretendiendo es que la Administración Sanitaria dictase un a modo de disposición general, un reglamento, en el que, conforme a la normativa que se dice la respalda, se declare la necesidad de que el servicio se preste por unos determinados profesionales -cuestión de fondo sobre el que la Sala no entra a los efectos del debate ahora suscitado, de tal forma que se estará exigiendo el ejercicio de esa potestad reglamentaria -si existiera competencia específica para ello- que no está respaldada por precepto alguno y que, en el mejor de los casos, comportaría un a modo de derecho de petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución y la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, con el alcance que el mismo tiene que no es, en este caso, el de acceder a lo solicitado cuando, como ocurre en el presente supuesto, no hay precepto alguno que obligue al SES a dictar una disposición general ordenando que las pruebas de neurofisiológicas deban realizarse en los Hospitales de su red sanitaria por profesionales con la titulación de especialidad de neurofisiología clínica. Otra cosa sería si, con ocasión de los concretos actos que dictase el Servicio, se viese afectada esa exigencia, momento en el que, entonces sí, podrá examinarse la legalidad de esa concreta actuación, conforme a la normativa que se invoca. Pero en la forma ejercitada la pretensión, resulta indudable que la decisión del Servicio no podría se otra*

que la de rechazar la petición, como incluso se hace en la resolución que resuelve extemporáneamente el recurso de reposición, con argumentos que ciertamente se asemejan a los invocados por la recurrente, como se argumenta en la oposición a la apelación. Todo ello obliga, sino a la inadmisibilidad del recurso, que formalmente se constituye en debida forma -actuación administrativa, al menos formal, hay-, si a la confirmación de la resolución impugnada por no existir precepto alguno que obligue a la Administración Sanitaria Autonómica a dictar una disposición general con el contenido pretendido en la demanda”.

El día 20 de octubre de 2011 la Subdirección de Gestión y Seguimiento de Objetivos de Hospitales del SERMAS emite informe señalando que: *“en términos generales se comparte el contenido del escrito, de 4 de agosto de 2011, de la Sociedad Española de Neurología, por el que se solicita el inicio de la revocación del indicado acto. Así, la Sentencia 83/1984, de 24 de julio, del Tribunal Constitucional, señala “que no hay un contenido esencial constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad profesional concreta”; contenido que ha de ser determinada por Ley, y que para las profesiones de Neurología y Neurofisiología Clínica no está concretado en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, ya que la filosofía de esta no es la regulación de las competencias de las profesiones sanitarias de una forma cerrada y concreta, sino establecer las bases para que se produzcan pactos entre profesionales que resuelvan los distintos ámbitos competenciales de actuación.*

Por otra parte ha de tenerse en cuenta que, normativamente, los neurólogos también ostentan la competencia de realizar pruebas técnicas al enfermo neurológico. Así el programa formativo de la especialidad de neurología, aprobado por Orden de 20 de febrero de 2007, establece claramente que “La Neurología se ocupa de forma integral de la asistencia médica al enfermo neurológico...” más en concreto “la

competencia asistencial del neurólogo se centra en la evaluación integral de todas las disfunciones y enfermedades del sistema nervioso y muscular utilizando el método clínico y todas las técnicas instrumentales precisas, indicando y aplicando los tratamientos médicos pertinentes”(art.3.1 de la Orden).

De esta forma, la neurología se ocupa de la asistencia integral del enfermo neurológico, por lo que el recorte o exclusión de una parte de esa asistencia médica vulneraría el régimen competencial profesional de esta especialidad; además hay que considerar que en la mayoría de países europeos no existe esta especialidad, la especialidad de neurología se presta de forma integral según veíamos en el párrafo precedente... ”.

CUARTO.- En fecha 27 de octubre de 2011, se formula propuesta de resolución en relación con la solicitud de revisión de oficio planteada por la Sociedad Española de Neurología. Tras citar los antecedentes de hecho de los que se ha dejado constancia más arriba, se propone la estimación de la solicitud de revisión de oficio. En síntesis, la propuesta de resolución acoge la argumentación de los informes emitidos por la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud y por la Subdirección General de Gestión y Seguimiento en Objetivos de Hospitales, para entender que el acto objeto del procedimiento se encuentra viciado por la causa de nulidad reconocida en el artículo 62.1 f) de la LRJAP-PAC, al atribuir a los especialistas en neurofisiología clínica, de manera contraria al ordenamiento jurídico, unas facultades o derechos con carácter exclusivo, excluyendo a los restantes especialistas médicos. Además, la propuesta de resolución señala que el reconocimiento de que las pruebas neurofisiológicas deben realizarse por profesionales de una determinada especialidad sería competencia exclusiva de la Administración General del Estado, “*dado que se trataría de determinar las competencias, facultades y contenido en exclusiva de una profesión reglada en la que los programas de formación de la especialidad se elaboran por la Comisión Nacional de*

la Especialidad y su aprobación compete al Ministerio de Sanidad”, por lo que el acto cuya revisión se pretende incurriría también en la causa de nulidad reconocida en el apartado b) del artículo 62.1 de la LRJAP-PAC.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo a petición del consejero de Sanidad, 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, conforme al cual: *“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid sobre (...) 2.º Revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes”.*

El consejero de Sanidad, al ser miembro del Consejo de Gobierno de la Comunidad, puede solicitar dictamen por establecerlo así el artículo 14.1 de la Ley 6/2007.

Por lo que hace al procedimiento de revisión de oficio, el artículo 102.1 de la LRJAP-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”.*

De este precepto se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en este supuesto carácter vinculante.

SEGUNDA.- Como en todo procedimiento administrativo, es preceptiva, máxime cuando se trata de revisar un acto declarativo de derechos, la audiencia del o de los interesados, trámite contemplado con carácter general en el artículo 84 de la LRJAP-PAC, que obliga a que, instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, 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.

En el caso que nos ocupa, la Sociedad Española de Neurofisiología Clínica, afectada por la revisión del acto, ha podido formular alegaciones en tiempo y forma mediante escrito de 6 de septiembre de 2011.

Respecto del resto de la instrucción del expediente, ésta se ha limitado a la emisión de informe por el director general de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud y por la Subdirección de Gestión y Seguimiento en Objetivos de Hospitales de dicho servicio, contestando a cada una de las alegaciones formuladas por la Sociedad interesada. La tramitación descrita pondría de manifiesto una irregularidad que resulta necesario destacar, en relación con la forma en que se ha dado articulación al derecho de alegación y defensa del afectado por el procedimiento, toda vez que con posterioridad al trámite de audiencia y a la presentación de alegaciones subsiguiente se ha integrado en el procedimiento los dos precitados informes de los que la Sociedad interesada no ha tenido conocimiento, de tal forma que su contenido ha quedado al margen de su capacidad de argumentación y defensa.

Como señala la doctrina, la funcionalidad del trámite de audiencia, dotado del máximo rango normativo en virtud del artículo 105 c) de la Constitución Española no se limita a asegurar la mera posibilidad de formular alegaciones, sino que va más allá, en tanto que pretende facilitar al interesado el conocimiento de la totalidad del expediente y posibilitar una defensa eficaz y completa de sus intereses en base a lo actuado en el procedimiento. De ahí que el artículo 84 de la LRJAP-PAC, señale que el momento del trámite de audiencia sea inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución.

La sustanciación en momento inadecuado del referido trámite de audiencia a causa de la incorporación ulterior de informes con visible incidencia sobre la materia objeto de resolución, constituye una irregularidad procedimental que conlleva el riesgo de una eventual declaración de nulidad. No obstante, en el presente caso, cabe advertir que los informes incorporados al expediente no contienen datos de los que la Sociedad Española de Neurofisiología no hubiera ya tenido conocimiento en el curso de las actuaciones judiciales producidas con anterioridad, recogiendo además dichos informes en síntesis las argumentaciones utilizadas por la Sociedad Española de Neurología para instar la revisión de oficio del acto. De dichas argumentaciones ha tenido pleno conocimiento la Sociedad Española de Neurofisiología y ha podido formular alegaciones frente a ellas en el trámite de audiencia conferido al efecto, por lo que cabe entender que en este supuesto no se ha producido indefensión, por lo que la irregularidad mencionada no tendría virtualidad invalidatoria.

TERCERA.- Con carácter previo, antes de entrar a considerar el concreto vicio de nulidad que pudiera afectar al acto administrativo cuya revisión se pretende, debemos detenernos en la naturaleza del acto a revisar, dado que sólo los actos administrativos declarativos de derechos (para el resto de actos que no contengan una declaración de derechos, la Administración puede revisar sin someterse al procedimiento del artículo

102) que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en tiempo y forma, podrán ser objeto de revisión de oficio en aplicación del artículo 102.1 de la LRJAP-PAC.

Este precepto tiene por objeto facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2001, de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquéllos derive en su inatacabilidad definitiva: *“Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia”*.

Por otra parte el artículo 62.1.f) de la misma Ley, que es la causa de nulidad aquí esgrimida por la Sociedad Española de Neurología, se refiere a los actos expresos o presuntos.

En el supuesto sometido a dictamen, la petición de la Sociedad Española de Neurofisiología Clínica fue estimada por silencio positivo al amparo de lo establecido en el artículo 43.2 de la LRJAP-PAC al afirmar que: *“cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo”*. Así lo reconoció expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 cuando en su Fundamento de Derecho cuarto señala que *“no abrigamos la más mínima duda, que se produjeron los presupuestos necesarios para que se produjera el silencio positivo”*.

No cabe duda que estamos, pues, ante un acto administrativo presunto de carácter estimatorio, que la Administración no puede desconocer y sólo puede revisar, en su caso, a través de los mecanismos de revisión de oficio.

En efecto, conforme el artículo 43.3 de la LRJAP-PAC “*la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto finalizador del procedimiento*” y el artículo 43.4 a) de la misma ley “*en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo*”. En este sentido se pronunció la reiterada Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011, cuando dispuso que “*Ahora bien, una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar como realiza el Tribunal de instancia, un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el artículo 62.1 f) de la Ley 30/1992 son nulos de pleno derecho los actos presuntos “contrarios” al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto, según declaramos, entre otras, en nuestra sentencia de uno de abril de dos mil cuatro, recaída en el recurso de casación 1602/2000, que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecido por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad*”.

CUARTA.- Una vez hechas las consideraciones anteriores, procede ahora examinar si en el acto administrativo objeto de revisión concurre la causa de nulidad radical alegada por la Sociedad Española de Neurología y concretada en el artículo 62.1.f) de la LRJAP-PAC, cuando establece que serán nulos de pleno derecho: “*Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*”.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar en otros dictámenes de este Consejo, así por el ejemplo en el Dictamen 465/10, la citada causa de nulidad constituye una novedad en nuestro Derecho respecto a los supuestos de nulidad que contemplaba la anterior Ley de Procedimiento Administrativo. Dicho precepto viene a incorporar la doctrina

jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo en relación con el alcance de las facultades y derechos derivados de las autorizaciones o licencias, especialmente en materia urbanística, concedidas por silencio positivo, expresando por ello, la propia exposición de motivos de la LRJAP-PAC, en su apartado noveno, que la regulación del silencio “*se complementa con la inclusión posterior como supuesto de nulidad de pleno derecho de los actos presuntos o expresos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición*”.

En congruencia con el criterio restrictivo que, según han afirmado el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado, debe presidir la aplicación de la regulación de las nulidades de pleno derecho, la apreciación de la existencia de la causa de nulidad citada debe realizarse igualmente con sumo rigor, pues de lo contrario podría cobijar cualquier infracción legal que afectara a actos declarativos de derechos.

La cuestión fundamental, por tanto, radica 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 este expediente el acto objeto de revisión es la estimación por doble silencio administrativo del escrito de 30 enero de 2006 de la Sociedad Española de Neurofisiología Clínica por la que solicita a la Comunidad de Madrid que declare *“la obligatoriedad de que las pruebas neurofisiológicas que se realicen en el ámbito de esta comunidad autónoma sean realizadas únicamente por especialistas con título propio de la especialidad de neurofisiología clínica”*. La cuestión se centra en determinar si la atribución de esa competencia con carácter exclusivo a los especialistas en neurofisiología clínica, con exclusión de otros especialistas, como son los neurólogos que instan el presente procedimiento de revisión, supone la adquisición de una facultad o derecho careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, lo que nos obliga a analizar la normativa aplicable.

La norma esencial en la materia es la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias. La ley en materia de delimitación de las competencias entre las distintas profesiones sanitarias, señala en su exposición de motivos que *“ existe la necesidad de resolver, con pactos interprofesionales previos a cualquier normativa reguladora, la cuestión de los ámbitos competenciales de las profesiones sanitarias manteniendo la voluntad de reconocer simultáneamente los crecientes espacios competenciales compartidos interprofesionalmente y los muy relevantes espacios específicos de cada profesión”*. Por ello añade *“en esta Ley no se ha pretendido determinar las competencias de unas y otras profesiones de una forma cerrada y concreta sino que establece las bases para que se produzcan estos pactos entre profesiones, y que las praxis*

cotidianas de los profesionales en organizaciones crecientemente multidisciplinares evolucionen de forma no conflictiva, sino cooperativa y transparente”. Partiendo de estas premisas la Ley 44/2003 no contempla las competencias de las profesiones sanitarias como competencias exclusivas de cada profesión, sino que las concibe como compartidas o concurrentes.

Conforme a los preceptos de la Ley, el derecho al ejercicio de una profesión sanitaria, no implica el ejercicio de la misma con carácter excluyente de otros profesionales, sino que supone por un lado, conforme el artículo 4.1 de la Ley 44/2003, que solo pueda ejercerla quien disponga de la titulación oficial correspondiente (artículo 4.2 de la Ley) y en ese caso, que pueda ejercerla, con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico, y de acuerdo con los principios que el artículo 4.7 de la Ley enumera.

En el supuesto de que sobre una actuación sanitaria determinada puedan coincidir distintas profesiones sanitarias, el texto legal no delimita que atribuciones deben realizarse por unos u otros profesionales, sino que se limita a invocar la necesaria cooperación entre los mismos cuando en el artículo 9.1 señala que *“la atención sanitaria integral supone la cooperación multidisciplinaria, la integración de los procesos y la continuidad asistencial, y evita el fraccionamiento y la simple superposición entre procesos asistenciales atendidos por distintos titulados o especialistas*”. Y añade en su apartado tercero que *“Cuando una actuación sanitaria se realice por un equipo de profesionales, se articulará de forma jerarquizada o colegiada, en su caso, atendiendo a los criterios de conocimientos y competencia, y en su caso al de titulación, de los profesionales que integran el equipo, en función de la actividad concreta a desarrollar, de la confianza y conocimiento recíproco de las capacidades de*

sus miembros, y de los principios de accesibilidad y continuidad asistencial de las personas atendidas”.

Son muchas las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse sobre la concurrencia de competencias profesionales en el ámbito sanitario. Así por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2003 (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 7^a), desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas, contra el Real Decreto 370/2001, de 6 de abril, por el que se establece el título de técnico superior en Óptica de Anteojería y las correspondientes enseñanzas mínimas. En la referida sentencia el Alto Tribunal señala que: *“El criterio de competencia exclusiva exige una norma legal que declare dicha competencia con el referido carácter de exclusividad”* lo que no acontece en el supuesto enjuiciado.

En la Sentencia de 7 de octubre de 2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 4^a), por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Sociedad Española de Psiquiatría Legal, la Sociedad Española de Psiquiatría y la Sociedad Española de Psiquiatría Biológica, contra el RD 2490/1998, de 20 de noviembre, por el que se crea y regula el título oficial de psicólogo especialista en Psicología Clínica, se señala que: *“... en ausencia de una previsión legal expresa, hemos acogido el principio de idoneidad o de capacidad real conjugado con el de no exclusividad, de manera que la actuación profesional ha de realizarse de acuerdo con los conocimientos que proporciona la respectiva formación universitaria, evitando, sin embargo, monopolios competenciales, y sin perjuicio del mantenimiento de la competencia esencial que define cada profesión y la diferencia de las restantes profesiones”.*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2005 (Sala de lo Contencioso Administrativa Sección 4^a), al resolver el recurso interpuesto

por la Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición contra el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios incide en el carácter multidisciplinar de las prestaciones sanitarias, cuando señala que *“este carácter de la unidad de Nutrición y Dietética supone, de una parte, que el contenido funcional de la unidad asistencial que se encarga de su prestación no puede identificarse con las funciones específicas de una única profesión y especialidad sanitaria y que, como consecuencia, la unidad ha de dotarse con profesionales pertenecientes a las distintas profesiones sanitarias, conformando un equipo multidisciplinar. La citada Ley 44/2003 se refiere en el art. 4.7.e) a la progresiva consideración de la multidisciplinariedad de los equipos profesionales en la atención sanitaria, como uno de los principios del ejercicio de las profesiones sanitarias, en congruencia con ello, la misma Ley contempla en el art. 9 el trabajo en equipo, señalando que la atención sanitaria integral supone la cooperación multidisciplinaria, la integración de los procesos y la continuidad asistencial, y evita el fraccionamiento y la simple superposición entre procesos asistenciales atendidos por distintos titulados o especialistas, contemplando también en el art. 10 la gestión clínica de las organizaciones sanitarias, considerando como funciones de gestión clínica, entre otras, las relativas a la jefatura o coordinación de unidades y equipos sanitarios y asistenciales”*.

Más recientemente, la Sentencia de 9 de octubre de 2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 7^a), desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España, frente al Real Decreto 496/2003, de 2 de mayo, por el que se establece el título de Técnico en Atención Sociosanitaria y las correspondientes enseñanzas comunes. En la precitada sentencia el Alto Tribunal señala que: *“... en general, las competencias no son exclusivas de determinados profesionales, y menos aun en el campo de la salud, en el*

que existen numerosas profesiones con puntos de contacto, aunque haya de respetarse el núcleo esencial de competencias correspondiente a cada profesión; y la recurrente no ha demostrado que las competencias que cita como compartidas son las que constituyen el núcleo esencial de la profesión titulada de enfermería, ni se aprecia por la Sala, pues la mayor parte de las competencias que se dicen propias del núcleo esencial de la enfermería se refieren a cuidados y medidas propias igualmente de otros profesionales sanitarios, como médicos...”

Conforme lo hasta aquí expuesto, cabe señalar que de acuerdo con los principios que inspiran la Ley 44/2003 relativos al ejercicio de las profesiones sanitarias en términos de competencias concurrentes y no exclusivas, no cabe concluir que pueda corresponder a los especialistas en neurofisiología clínica el ejercicio en exclusiva de las pruebas neurofisiológicas que se realicen en hospitales y centros de la Comunidad de Madrid. Tampoco ampara dicha pretensión el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, invocado por la Sociedad de Neurofisiología Clínica en apoyo de sus pretensiones, pues este se limita a definir la Unidad de Neurofisiología Clínica, pero sin pretender, como señala la exposición de motivos del Real Decreto “ordenar las profesiones sanitarias, ni limitar las actividades de los profesionales, sino sentar las bases para las garantías de seguridad y calidad de la atención sanitaria”.

Además, como razona la propuesta de resolución, siguiendo los informes que obran en el expediente, los especialistas en Neurofisiología Clínica no son los únicos profesionales que ostentan competencias en relación con el enfermo neurológico, pues la Orden SCO/528/2007, de 20 de febrero, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Neurología, dispone claramente que dicha especialidad “estudia la estructura, función y desarrollo del sistema nervioso (central, periférico y

autónomo) y muscular en estado normal y patológico, utilizando todas las técnicas clínicas e instrumentales de estudio, diagnóstico y tratamiento actualmente en uso o que puedan desarrollarse en el futuro. La Neurología se ocupa de forma integral de la asistencia médica al enfermo neurológico, de la docencia en todas las materias que afectan al sistema nervioso y de la investigación, tanto clínica como básica, dentro de su ámbito” (artículo 2 de la Orden). Además, como precisa la mencionada Orden, “la competencia asistencial del neurólogo se centra en la evaluación integral de todas las disfunciones y enfermedades del sistema nervioso (central, periférico y autónomo) y muscular utilizando el método clínico y todas las técnicas instrumentales precisas, indicando y aplicando los tratamientos médicos pertinentes” (artículo 3 de la referida orden).

Resulta claro que nos encontramos pues en un supuesto de concurrencia competencial que no puede ser resuelto en términos de exclusividad en favor de una u otra especialidad, o imponiendo restricciones al ejercicio profesional por parte de otras titulaciones. Conforme a la legislación expuesta el ejercicio de las profesiones sanitarias se ha configurado legalmente no para su ejercicio exclusivo, sino de manera compartida o concurrente por profesionales de distintas titulaciones, con el fin de garantizar la asistencia sanitaria integral que consagra el artículo 9.1 de la Ley 44/2003.

De lo dicho, se colige sin dificultad que el acto presunto por el que se estima por silencio administrativo la solicitud presentada el 30 de enero de 2006 por la Sociedad Española de Neurofisiología Clínica, de que las pruebas neurofisiológicas sean realizadas únicamente por especialistas con título propio de la especialidad de neurofisiología clínica, no es ajustado a derecho, mereciendo la sanción de máxima gravedad que arbitra nuestro ordenamiento jurídico, cual es la de nulidad de pleno derecho, en aplicación del citado artículo 62.1.f) de la LRJAP-PAC, al carecer aquélla de los requisitos esenciales para la adquisición de ese derecho.

QUINTA.- Por último, resta por señalar que el acto estimado por silencio administrativo cuya revisión se pretende, podría estar incurso en el supuesto de nulidad previsto en el apartado b) del artículo 62.1 de la LRJAP-PAC, como apunta la propuesta de resolución, teniendo en cuenta que corresponde a la Administración General del Estado la determinación de las competencias, facultades y contenido en exclusiva de una profesión reglada, pues como dispone el artículo 21 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, los programas de formación serán elaborados por la Comisión Nacional de la Especialidad y una vez ratificados por el Consejo Nacional de Especialidades en Ciencias de la Salud y previo informe de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud y del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, serán aprobados por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Es procedente la revisión de oficio, por las razones expuestas en los fundamentos jurídicos de este dictamen.

El presente dictamen es vinculante.

Madrid, 7 de diciembre de 2011