

Dictamen n<sup>o</sup>:           **465/10**  
Consulta:               **Consejero de Sanidad**  
Asunto:                 **Revisión de Oficio**  
Aprobación:           **29.12.10**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por siete votos a favor y dos votos en contra, en su sesión de 29 de diciembre de 2010, en relación con la solicitud formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).2<sup>o</sup> de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre revisión de oficio de la Resolución de fecha 18 de enero de 2008, de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad por la que se resuelve parcialmente el proceso de reordenación de efectivos, respecto de la adjudicación efectuada a favor de S.M.H.A.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El pasado día 3 de diciembre de 2010 tuvo entrada en el registro de este órgano solicitud de dictamen preceptivo, firmada por el consejero de Sanidad, en el asunto referido en el encabezamiento.

A dicha solicitud se le asignó el número de expediente 461/10, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de conformidad con el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, venciendo dicho plazo el próximo 13 de enero de 2011.

Por reparto de asuntos, ha correspondido su estudio a la Sección VII siendo turnado, posteriormente, a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo.

Sr. D. Jesús Galera Sanz, ha firmado la oportuna propuesta de dictamen, que fue aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 29 de diciembre de 2010, por siete votos a favor y los votos en contra de los Consejeros Sres. De la Oliva y Sabando, que anunciaron la formulación de un voto particular al mismo, en el plazo reglamentario.

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

Por R.D. 866/2001, de 20 de julio, se crearon las categorías y modalidades Médicos de Urgencia Hospitalaria y Médicos de Admisión y Documentación Clínica en el ámbito de las instituciones sanitarias del INSALUD, regulando de forma específica las funciones que desempeñan estos profesionales, retribuciones y sistemas de selección.

Por Orden de 4 de diciembre de 2001 se convocó un proceso extraordinario de consolidación de empleo para la selección y provisión de plazas de Médico de Urgencia Hospitalaria en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social dependientes del INSALUD, con un total de 618 plazas.

Por Orden SCO/815/2006, de 8 de marzo, se resolvió la citada convocatoria, posteriormente, por Orden SCO/2860/2006, de 4 de septiembre se resolvió *“Nombrar personal estatutario fijo como Médico de Urgencia Hospitalaria, procediendo su declaración en situación de excedencia voluntaria, a los aspirantes relacionados por orden alfabético en el anexo de esta Orden, que habiendo superado la fase de selección y participando en la fase de provisión desde la situación de expectativa de destino no han sido adjudicatarios de plaza”*. En dicho anexo aparece la interesada.

Por Resolución del director general de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad y Consumo, de 19 de septiembre de 2006, la interesada fue nombrada personal estatutario fijo en la categoría de Médico de Urgencia Hospitalaria (folio 63) y en la misma fecha se le asignó plaza de Médico de Urgencia Hospitalaria en el Hospital Severo Ochoa, según consta en documento suscrito por el director general de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad por el que se resuelve el reingreso de la interesada al servicio activo (folio 64).

Por Resolución de fecha 17 de septiembre de 2007 (BOCM 19 septiembre 2007), de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad, se convocó proceso de reordenación de efectivos de carácter voluntario, al amparo de lo previsto en la Ley 4/2006 de Medidas Fiscales y Administrativas, dirigido al personal facultativo especialista que presta servicios en las Instituciones Sanitarias dependientes de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, con el objeto de dotar de personal a los nuevos Hospitales creados como Empresas Públicas con forma de Entidad de Derecho Público.

La interesada solicitó su admisión para tomar parte en el proceso de reordenación voluntaria del personal facultativo especialista que presta servicios en Instituciones Sanitarias dependientes de la Consejería de Sanidad, proceso convocado mediante Resolución de 17 de septiembre de 2007 de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad. Según el Anexo II, en que figuraba la solicitud de admisión a rellenar telemáticamente, la interesada cumplimentó la instancia, señalando que era *“personal estatutario fijo”*, y dentro del apartado referente a *“Categoría, cuerpo o escala del aspirante”*, consignó que era *“Facultativo Especialista”*, *“Medicina Interna”*. A su vez, hacía constar dentro del apartado de *“Situación administrativa desde la que concursa”*, que la misma partía de la situación de *“Activo o situación asimilada que conlleve*

*reserva de plaza*”. Todos estos datos resultan del Anexo II mencionado, que obra al folio 72 del expediente administrativo.

Por Resolución, de fecha 18 de enero de 2008 (BOCM de 22 de enero), de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad, por la que se resuelve parcialmente el proceso de reordenación de efectivos, dirigido a personal facultativo especialista, se asignó a la interesada destino en el Hospital del Norte, como estatutario fijo en la categoría de FEA de Medicina Interna.

Según se expresa en el expediente, como consecuencia de una revisión efectuada por la Administración, se detectaron errores en la Resolución de 18 de enero de 2008 (BOCM de 22 de enero) por la que se asignó destino a la interesada. Así, se observa que en la citada Resolución se le adjudicó una plaza de categoría de FEA cuando su categoría de origen era la de Médico de Urgencia Hospitalaria.

Se incorporan al expediente la Resolución de 4 de noviembre de 2009 de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud por la que se convocan pruebas selectivas para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de FEA de Medicina Interna del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid y la Resolución de 17 de diciembre de 2009 de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud, por la que se convocan pruebas selectivas para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de Médico de Urgencias Hospitalarias del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid.

**TERCERO.-** Por Resolución de 3 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) se acuerda iniciar procedimiento de revisión de oficio, con vistas a declarar la nulidad parcial de la Resolución de fecha 18 de enero de 2008, por la que se resuelve parcialmente el proceso de reordenación de

efectivos dirigido a personal facultativo especialista, en lo referente únicamente a la asignación de destino en el Hospital del Norte, Infanta Sofía, a la interesada como personal estatutario fijo en la categoría de Medicina Interna (folios 1 a 4).

Partiendo de los hechos que acabamos de relatar en el ordinal anterior, dicha Resolución se fundamenta en dos cuestiones:

- Que la interesada accedió a la condición de *“personal estatutario fijo”*, obteniendo destino dentro del Hospital del Norte, condición que considera contraria a derecho, por vulnerar lo dispuesto en los artículos 30 y 31 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, que exigen que la selección de este tipo de personal se efectúe a través de convocatoria pública y mediante procedimientos que garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y competencia, y con carácter general a través del sistema de concurso oposición, concluyendo *“En consecuencia la declaración de fijeza de la interesada en la categoría y especialidad que figura en dicha Resolución es contraria al ordenamiento jurídico toda vez que la cualidad de fijo en una categoría y especialidad estatutaria únicamente se puede adquirir a través de los procesos selectivos establecidos en la citada Ley que tiene el carácter de norma básica especial”*.

- Que la resolución que se trata de anular contraviene las bases de la propia convocatoria del proceso de reordenación de efectivos, concretamente la base 2.1 en cuanto la misma exigía como requisito para participar en el procedimiento, *“tener nombramiento en la misma categoría y/o especialidad a la que se opta”* requisito que según la resolución de incoación del expediente de revisión de oficio no concurre en la interesada *“toda vez que pertenece a una categoría diferente que no guarda relación con la categoría estatutaria en la que se le asignó destino como personal estatutario fijo”*.

En definitiva, se considera, por parte de la Dirección General de Recursos Humanos del SERMAS, que la resolución citada se encuentra incurso en la causa de nulidad del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), que sanciona con nulidad 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”*.

**CUARTO.-** Iniciado el procedimiento de revisión de oficio, se da traslado a la interesada para alegaciones, presentándose por ésta escrito en fecha 16 de noviembre de 2010 (folios 9 y siguientes).

Además, la interesada presentó escrito el 15 de noviembre de 2010 en el que solicita copia de la Sentencia de 19 de octubre de 2010 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que declara la nulidad de la Resolución de 17 de septiembre de 2007 de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por la que se convocó proceso de reordenación de efectivos de carácter voluntario dirigido al personal facultativo especialista que preste servicios en Instituciones Sanitarias dependientes de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

En su escrito de alegaciones de 16 de noviembre de 2010 la interesada, en primer lugar, solicita, a la vista de lo resuelto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de octubre de 2010, la suspensión del procedimiento de revisión de oficio hasta el momento de la firma de la sentencia o de su revocación.

En cuanto al fondo argumenta que *“con posterioridad al nombramiento de Médico de Urgencia, la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad resuelve integrar en el nivel I de carrera profesional a [la interesada], personal estatutario fijo, de la categoría*

*Facultativo Especialista de Área, especialidad Medicina Interna, con destino en el Hospital Severo Ochoa”, por lo que no considera que sea cierto que “las citadas categoría y especialidad no guarden relación con las ostentadas en mi hospital de origen”. Aporta para acreditar esta circunstancia Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad de 15 de mayo de 2007 por la que se resuelve:*

*“Integrar en el Nivel I de carrera profesional a [la interesada], con D.N.I. [...], PERSONAL ESTATUTARIO FIJO, de la categoría FACULTATIVO ESPECIALISTA DE ÁREA, especialidad MEDICINA INTERNA, con destino en el HOSPITAL SEVERO OCHOA”.*

*Afirma que “la situación desde la que participé en el proceso de reordenación de efectivos fue, como se demuestra en la alegación cuarta, la de PERSONAL ESTATUTARIO FIJO, de la categoría FACULTATIVO ESPECIALISTA DE ÁREA, especialidad MEDICINA INTERNA y situación EN ACTIVO, en uno de los hospitales integrado en el SMS. Cumplía pues, de modo indiscutible, los requisitos establecidos en la base 2.1 de la convocatoria”. Añade: “Hubiera cumplido dichos requisitos incluso si se me pudiera discutir la posesión de la categoría FEA o de la especialidad en Medicina Interna. En efecto, la expresión <<nombramiento en la misma categoría y/o especialidad>> significa, en el orden gramatical que corresponde a su interpretación literal, dos posibilidades de cumplimiento del requisito: el nombramiento en la misma categoría o en la misma especialidad. Si se elige la conjunción copulativa <<y>> ambas cualidades deben exigirse conjuntamente, pero si se elige la disyuntiva <<o>> bastará con UNA de ambas cualidades. La expresión, que tiene carácter normativo, es decir, tiene valor obligatorio, no establece literalmente preferencia alguna por una u otra de las opciones, por lo que, literalmente hablando, ambas resultarán válidas”.*

En definitiva, no considera que se hayan vulnerado las bases de la convocatoria, toda vez que participó en el proceso de reordenación de efectivos como personal estatutario fijo de la categoría FEA, especialidad Medicina Interna. Además, alegan que las causas de nulidad previstas en el artículo 62.1 LRJPAC han de ser objeto de interpretación restrictiva. Finalmente, considera que resultaría de aplicación el artículo 106 LRJPAC, relativo a los límites de la revisión de oficio.

También solicita la suspensión cautelar del expediente de revisión de oficio ya que por Sentencia de 19 de octubre de 2010 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se ha anulado la Resolución de 17 de septiembre de 2007 por la que se convocó el procedimiento de reordenación de efectivos.

Las alegaciones presentadas por la interesada son contestadas mediante informe del director general de Recursos Humanos del SERMAS de 25 de noviembre de 2010, en el que considera improcedente la suspensión del procedimiento porque la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de octubre de 2010 que anuló la Resolución de 17 de septiembre de 2007, por la que se convocó el proceso de reordenación de efectivos dirigido al personal facultativo, no es firme, al haber sido recurrida en casación por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid y versa sobre una cuestión diferente (falta de negociación con las organizaciones sindicales) de la que fundamente los expedientes de revisión de oficio (causa de nulidad del artículo 62.1.f) LRJ-PAC).

En cuanto al fondo, el informe señala que la categoría que la interesada ostenta como personal estatutario fijo es la que refleja su nombramiento como Médico de Urgencia Hospitalaria, sin perjuicio de que en la Resolución de reconocimiento de carrera profesional aparezca por error la categoría de FEA o, incluso, FEA de Medicina Interna, pues ello solo implicaría un error en la denominación de su categoría de origen que en

ningún caso puede suponer su integración en otra categoría como es la de FEA de Medicina Interna.

**QUINTO.-** El expediente completo de revisión se remite a este Consejo Consultivo solicitándose el correspondiente dictamen preceptivo por el consejero de Sanidad en fecha 30 de noviembre de 2010.

A los hechos anteriores les son de aplicación las siguientes

### CONSIDERACIONES EN 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 (...) las entidades locales (...) 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 interesada, afectada por la revisión del acto que le adjudicaba la plaza de Facultativo Especialista de Área de Medicina Interna en el Hospital del Norte, ha podido formular alegaciones en tiempo y forma (junto con otros afectados en otros procedimientos incoados con idéntico objeto), habiéndosele comunicado, además, la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo, requisito imprescindible, como veremos, para que opere la suspensión del plazo para resolver.

Respecto del resto de la instrucción del expediente, ésta se ha limitado a la emisión de informe por el director general de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad, contestando a cada una de las alegaciones formuladas por los interesados. La interesada, al evacuar el trámite de audiencia, ha aportado, además, la documentación que ha estimado conveniente en apoyo de su postura, la cual ha sido valorada adecuadamente en el citado informe del director general. No ha sido

necesario recabar más informes ni practicar prueba alguna, dada la índole de la cuestión que se ventila.

Por lo que hace al plazo para resolver el procedimiento, el artículo 102.5 de la LRJAP preceptúa que: *“Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio –como es el caso–, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo (...)”*.

Además, el artículo 42.5.c) de la LRJAP (en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) establece que: *“El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos (...) 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 este caso, el procedimiento de revisión de oficio se inicia por Resolución de 3 de noviembre de 2010, del Director General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad. En ese mismo acuerdo de incoación, se solicitaba dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Dicha resolución de incoación del expediente le fue entregada a la propia interesado el día 8 de noviembre siguiente, si bien la solicitud de dictamen a este órgano no tuvo lugar hasta el día 3 de diciembre.

Entendemos, pues, que, al haberse comunicado a la interesada la petición de dictamen al Consejo Consultivo, el plazo para resolver el procedimiento ha de entenderse suspendido entre el 3 de diciembre (fecha de solicitud de dictamen), y la fecha en que se reciba éste en la Consejería, disponiendo el órgano competente para resolver, desde el momento de la recepción del

dictamen, de dos meses más (habida cuenta que, cuando se solicitó el dictamen ya había pasado un mes desde la incoación del expediente).

**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 de los actos 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 LRJ-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”*.

Esta posibilidad de revisar de oficio los actos nulos de pleno derecho en cualquier momento queda matizada por la propia LRJ-PAC, cuando en su artículo 106 dispone: *“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”*.

En el supuesto sometido a dictamen, nos encontramos con un acto declarativo de derechos (se otorga la categoría de FEA en la especialidad de Medicina Interna) y firme, pues no ha sido recurrido en los plazos

legalmente fijados para la interposición de recursos ordinarios, no apreciándose la concurrencia de las circunstancias que limitan el ejercicio de las facultades de revisión anteriormente reseñadas, dado que la Dirección General de Recursos Humanos ha intervenido en un plazo de tiempo de dos años y diez meses que ha impedido hallarnos en presencia de prescripción de acciones, lapsos de tiempo sustanciales u otras circunstancias de trascendencia análoga. Por todo ello, podemos concluir que el acto en cuestión es susceptible de ser objeto del procedimiento revisión de oficio.

El procedimiento de revisión de oficio tiene por objeto 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. Además, en consonancia con su carácter de remedio extremo o última *ratio*, únicamente serán susceptibles de depuración a través de la revisión de oficio o acción de nulidad los actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo.

En nuestro caso, la resolución frente a la que se dirige la acción de nulidad ha sido dictada por el director general de Recursos Humanos del SERMAS de fecha 18 de enero de 2008, que ha devenido firme por no haber sido recurrida en tiempo y forma, por lo que, formalmente, el acto es susceptible de ser revisado de oficio.

**CUARTA.-** Una vez hechas las consideraciones anteriores, procede ahora examinar si en el acto administrativo objeto de revisión (Resolución de 18 de enero de 2008 de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad), concurre la causa de nulidad radical alegada por la Administración instante de la revisión de oficio y concretada en el artículo 62.1.f) de la LRJ-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”.*

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 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 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 caso en concreto, el acto cuya revisión se pretende es la Resolución de fecha 18 de enero de 2008, por la que se resuelve parcialmente el proceso de reordenación de efectivos dirigido a personal facultativo especialista, en lo referente únicamente a la asignación de destino en el Hospital del Norte, Infanta Sofía, a la interesada como personal estatutario fijo en la categoría de Facultativo Especialista de Área, especialidad de Medicina Interna. La causa en la que se considera que dicho acto está incurso es la señalada con el apartado f) del artículo 62.1 de la LRJ-PAC, antes transcrito.

Las bases de la convocatoria del proceso de reordenación de efectivos contenidas en la Resolución de 17 de septiembre de 2007 (BOCM n° 223, del 19 de septiembre), establecen como objeto de la citada resolución, según su apartado primero, *“Convocar el proceso de reordenación de efectivos, de carácter voluntario, para la cobertura de plazas de Facultativos Especialistas en los hospitales creados como Empresas Públicas con forma de Entidad de Derecho Público al amparo del artículo 12 de la Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas”*.

En concreto, se establece en la base segunda qué interesados podrán tomar parte en el proceso; así se dice:

*“2. Interesados: Personal que puede participar en el proceso.*

*2.1. El personal estatutario que preste servicios en Instituciones sanitarias del Servicio Madrileño de Salud, con nombramiento en la misma categoría y/o especialidad a la que se opta, que a la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:*

*a) En activo o situación asimilada que conlleve reserva de plaza en la Comunidad de Madrid.*

*b) En situación de servicios especiales concedida por la Comunidad de Madrid. Excedencia por prestar servicios en el sector público, excedencia voluntaria, excedencia por cuidado de familiar, excedencia por razón de violencia de género, siempre que en cualquiera de estas situaciones estén vinculados al Servicio Madrileño de Salud.*

*c) Servicios bajo otro régimen jurídico, siempre que estén en el período de los tres primeros años desde su concesión”.*

La previsión contenida en dicha base vincula, como es lógico, a todos los participantes en el proceso selectivo, como expresamente se dispone en el artículo 30.3 del Estatuto Marco de Personal Estatutario de Servicios de Salud (aprobado por Ley 55/2003, de 16 diciembre), conforme al cual *“Las convocatorias y sus bases vinculan a la Administración, a los tribunales encargados de juzgar las pruebas y a quienes participen en las mismas”*, que viene a consagrar positivamente el viejo principio jurisprudencial de que las bases constituyen la *“ley del concurso”*. La vinculatoriedad de las bases para todos los participantes en el concurso es una manifestación o aplicación del principio de igualdad, expresamente recogido, entre otros, en el artículo 30.1 del mismo Estatuto Marco: *“La*

*selección del personal estatutario fijo se efectuará, con carácter periódico, en el ámbito que en cada servicio de salud se determine, a través de convocatoria pública y mediante procedimientos que garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de competencia”. Más adelante se establece, según el artículo 30.4, que “Las convocatorias deberán identificar las plazas convocadas indicando, al menos, su número y características, y especificarán las condiciones y requisitos que deben reunir los aspirantes, el plazo de presentación de solicitudes, el contenido de las pruebas de selección, los baremos y programas aplicables a las mismas y el sistema de calificación”.*

En el caso de la interesada, ha quedado acreditado documentalmente en el expediente que la misma solicitó tomar parte en el referido proceso de reordenación voluntaria de efectivos como *“personal estatutario fijo”*, desde la categoría de *“Facultativo Especialista de Área”* con *“Especialidad en Medicina Interna”*, optando a plazas de hospitales de especialista en la categoría de FEA, y resultando adjudicataria finalmente de una de las plazas en el Hospital del Norte.

Por otro lado, también se constata que la interesada había sido nombrada como personal estatutario fijo, por Orden SCO/2860/2006, de 4 de septiembre, del Ministerio de Sanidad como *“Médico de Urgencia Hospitalaria”*.

En definitiva, la interesada no fue nombrada FEA de Urgencia Hospitalaria sino Médico de Urgencia Hospitalaria. Así consta por otro lado en su diligencia de reingreso al servicio activo.

Este hecho pretende ser contradicho por la interesada invocando una Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad de 15 de mayo de 2007 por la que se resuelve:

*“Integrar en el Nivel I [...] de carrera profesional a [la interesada], con D.N.I. [...], PERSONAL ESTATUTARIO FIJO, de la categoría FACULTATIVO ESPECIALISTA DE ÁREA, especialidad MEDICINA INTERNA, con destino en el HOSPITAL SEVERO OCHOA [...]”.*

Sin embargo, la citada Resolución lo que hace es integrar a la interesada no en la categoría FEA especialidad Medicina Interna, como ella pretende, sino en un nivel de carrera profesional. Esta Resolución no es sino la aplicación del Acuerdo de 25 de enero de 2007, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid (BOCM nº 32, de 7 de febrero de 2007), por el que se aprueba el Acuerdo de 5 de diciembre de 2006 alcanzado en la Mesa Sectorial de Sanidad entre la Consejería de Sanidad y Consumo y las organizaciones sindicales presentes en la misma sobre carrera profesional de licenciados sanitarios y diplomados sanitarios. Se trata, pues, de la aplicación de un acuerdo sindical conforme al cual se establecen cuatro niveles de carrera profesional:

- Nivel inicial.
- Nivel I o Especialista/Titulado Superior/Investigador.
- Nivel II o Especialista Sénior.
- Nivel III o Consultor.
- Nivel IV o Consultor Sénior.

Se regula el procedimiento para acceder a cada uno de los niveles y las retribuciones que se les asignan:

- Nivel inicial: no retribuido.
- Nivel I: 4.100 Euros.
- Nivel II: 7.600 euros.

- Nivel III: 10.700 euros.
- Nivel IV: 13.500 euros.

En definitiva, la Resolución por la que se integra a la interesada en el Nivel I le reconoce los derechos derivados de su inclusión en el mismo, tanto de carácter retributivo como de carrera profesional, en virtud de un acuerdo entre la Consejería de Sanidad y las organizaciones sindicales, pero en ningún caso se resuelve la integración de la interesada en la categoría de FEA especialidad Medicina Interna.

La carrera profesional se define en el Acuerdo de 25 de enero de 2007 del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid como *“el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional, en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, investigación y cumplimiento de los objetivos y funciones, tanto generales como específicas, definidos para cada uno de los miembros de las unidades, servicios, secciones y equipos en los que prestan sus servicios”* y cuyos efectos son de carácter económico.

Ahora bien, no cabe obviar que en la citada Resolución sí se hace constar que la pertenencia a esa categoría y especialidad concurren en la interesada. Lo mismo sucede en otros documentos incorporados al expediente: así, existe un reconocimiento de servicios previos de 31 de mayo de 2006 en el que consta como categoría de la interesada *“FEA”*.

El informe del director general de Recursos Humanos explica esta circunstancia afirmando que *“la categoría que ostenta [la interesada] como personal estatutario fijo es la que refleja su nombramiento como Médico de Urgencia Hospitalaria, nombramiento que, por otra parte, no ha sido impugnado por la interesada, y ello sin perjuicio de que a efectos meramente internos en los certificados para el reconocimiento de servicios previos al amparo de la Ley 77/78 expedidos por el centro de origen se*

*refleje en la casilla correspondiente a categoría FEA/Adjunto, toda vez que se trata de modelos unificados para los facultativos adscritos a centros de Atención Especializada y que obedece a que los Médicos de Urgencia Hospitalaria perciben sus retribuciones igual que los FEAS, y ello sin perjuicio también de que en el reconocimiento de carrera aparezca la categoría de FEA o incluso de FEA de Medicina Interna pues ello sólo implicaría un error en la denominación de su categoría de origen que en ningún caso puede suponer su integración como FEA de Medicina Interna”.*

En efecto, el artículo 5 del Real Decreto 866/2001, de 20 de julio por el que se crean las categorías y modalidades de Médicos de Urgencia Hospitalaria y de Médicos de Admisión y Documentación Clínica en el ámbito de las instituciones sanitarias del INSALUD dispone que “*Las retribuciones que percibirán estos facultativos serán las establecidas en el Real Decreto-ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de Salud, y en las disposiciones de desarrollo para los facultativos especialistas de área*”. Ahora bien, esta explicación no deja de suponer una deficiente actuación de la Dirección General de Recursos Humanos en la gestión de los expedientes haciendo constar en los mismos datos relativos al personal sanitario que no se ajustan a la realidad lo que, no obstante, no puede suponer la integración, al margen de la legalidad, de dicho personal en categorías para las que no cumplen los requisitos.

El Real Decreto 866/2001, de 20 de julio (BOE de 6 de agosto), crea las categorías y modalidades de Médicos de Urgencia Hospitalaria y de Médicos de Admisión y Documentación clínica en el ámbito de las Instituciones Sanitarias del INSALUD y establece que para acceder a plazas de Médico de Urgencia Hospitalaria se requiere superar las pruebas selectivas y ostentar título de especialista en cualquier especialidad o la certificación prevista en el artículo 3 del Real Decreto 853/1993, de 4 de

junio, sobre ejercicio de funciones de médico de medicina general en el SNS.

El artículo 20 del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, establece que la adquisición de la condición de personal estatutario fijo se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos: a) superación de las pruebas de selección; b) Nombramiento conferido por el órgano competente y c) incorporación a una plaza del servicio, institución o centro que corresponda en el plazo determinado en la convocatoria.

El que la interesada haya sido seleccionada como personal estatutario fijo en la categoría de Médico de Urgencia Hospitalaria a través del sistema de concurso oposición, no significa que pueda optar a cualesquiera otras plazas de personal estatutario fijo de diferentes categorías, que tienen un sistema de selección, mediante concurso oposición, distinto al previsto para los médicos de urgencias hospitalarias, y cuya forma de acceso, para personal estatutario fijo como es la interesada, sería el procedimiento de promoción interna. Así, el artículo 34 de la Ley 55/2003, en sus cuatro primeros apartados, prevé:

*“1. Los servicios de salud facilitarán la promoción interna del personal estatutario fijo a través de las convocatorias previstas en esta Ley y en las normas correspondientes del servicio de salud.*

*2. El personal estatutario fijo podrá acceder, mediante promoción interna y dentro de su servicio de salud de destino, a nombramientos correspondientes a otra categoría, siempre que el título exigido para el ingreso sea de igual o superior nivel académico que el de la categoría de procedencia, y sin perjuicio del número de niveles existentes entre ambos títulos.*

3. *Los procedimientos para la promoción interna se desarrollarán de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad y por los sistemas de oposición, concurso o concurso-oposición. Podrán realizarse a través de convocatorias específicas si así lo aconsejan razones de planificación o de eficacia en la gestión.*

4. *Para participar en los procesos selectivos para la promoción interna será requisito ostentar la titulación requerida y estar en servicio activo, y con nombramiento como personal estatutario fijo durante, al menos, dos años en la categoría de procedencia”.*

La Ley 55/2003 tiene carácter básico con excepción de lo dispuesto en la Disposición adicional segunda en cuanto al personal con vínculo laboral de los centros sanitarios a los que la misma se refiere, y la Disposición transitoria primera. Por tanto, los artículos 30, 31 y 34 tienen carácter básico y no resultan derogados por la Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid que deroga el artículo 30 del Real Decreto Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección y provisión de plazas de personal estatutario que continua vigente en la Comunidad de Madrid con rango reglamentario y que solo implica la supresión de los criterios establecidos en dicha norma para cada una de las fases del proceso selectivo, constituido por la fase de concurso y la fase de oposición, y no la supresión de este sistema, cuyos procesos selectivos se encuentran expresamente regulado en la Ley 55/2003.

Debe precisarse la específica naturaleza del procedimiento de reordenación de efectivos, de carácter voluntario, llevado a cabo –como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de marzo de 2010 (JUR 2010\292413), en virtud del principio y facultad de autoorganización de que gozan las Administraciones Públicas. No obstante, dice la citada Sentencia que *“la Administración ha de someterse en el ejercicio de sus facultades organizativas a controles o pautas de*

*racionalidad administrativas que prioricen el mérito y la capacidad, lo que permite el control del ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración desde el prisma del principio de igualdad, mérito y capacidad. Efectivamente, el hecho de que no nos hallemos ante un proceso concursal de promoción interna regido por los principios de igualdad, mérito y capacidad, sino ante el ejercicio de facultades de autoorganización que se mueven en el ámbito de cierta discrecionalidad técnica, no quiere decir que la Administración no deba someterse a los criterios de valoración que ella misma se ha autoimpuesto. En consecuencia, el proceso de reordenación de efectivos de referencia, emprendido por la Consejería de Sanidad en el ejercicio de su facultad autorganizativa con motivo de la entrada en funcionamiento de nuevos hospitales en la Comunidad de Madrid, debe sujetarse a los criterios valorativos establecidos en la base 5, si bien dentro de límites razonables de discrecionalidad y funcionalidad, con exclusión de cualquier arbitrariedad”.*

En el caso sometido a dictamen, como ha quedado expuesto, la interesada accedió sin tener los requisitos previstos en la convocatoria del proceso de reordenación de efectivos a una plaza de FEA de Medicina Interna.

Puesto que la interesada, en su condición de Médico de Urgencia Hospitalaria, ya era personal estatutario en el momento de la convocatoria no había lugar a su integración como tal personal a través de este procedimiento de reasignación de efectivos. La integración como personal estatutario fijo sólo es posible, en aplicación de la Disposición adicional quinta de la Ley 55/2003 para los funcionarios de carrera o personal laboral fijo que presten servicios en las instituciones sanitarias de la Comunidad de Madrid.

Puesto que la interesada ya es personal estatutario, el acceso a las mentadas plazas de FEA de Medicina Interna sólo podría haber tenido

lugar por un sistema concursal de promoción interna regido por los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En cuanto a la alegación relativa a la interpretación literal de la base 2.1 de la convocatoria al hacer referencia a la expresión “*nombramiento en la misma categoría y/o especialidad*”, los interesados consideran que las bases están exigiendo el requisito del nombramiento en la misma categoría y especialidad o bien, el nombramiento en la misma categoría o en la misma especialidad.

En el caso examinado, como ha quedado expuesto, la interesada no ostentaba la misma categoría de la plaza a que pretendía acceder – Facultativo Especialista de Área-, si bien consta en el expediente que tiene el título de especialista en Medicina Interna. Según la interpretación que realiza la interesada, por esta sola circunstancia, podría acceder a la plaza a la que optó porque tenía la especialidad de Medicina Interna.

No puede compartirse este criterio, porque la base 2.1 de la convocatoria hace referencia al personal estatutario “*con nombramiento en la misma categoría y/o especialidad*”. La interesada no fue nombrada Médico de Urgencia Hospitalaria con la especialidad de Medicina Interna, sino “*Médico de Urgencia Hospitalaria*”. Los Médicos de Urgencia Hospitalaria necesitan para acceder a dicha categoría la posesión de cualquier título de médico especialista y no uno específico, como se requiere para las categorías de especialistas facultativos de área.

La asignación de una plaza de FEA de Medicina Interna a los interesados, sin haber sido seleccionados mediante de un sistema de oposición, concurso o concurso-oposición a través del sistema de promoción interna, conculca los artículos 30, 31 y 34 de la Ley 55/2003.

El origen de la controversia surge de la categoría y especialidad que ostentaba la interesada y de si esta categoría y especialidad le permitía o no obtener la plaza de FEA de Medicina Interna.

La cuestión de pertenencia a la categoría de FEA no puede considerarse una mera cuestión formal, ya que, para el caso sometido a dictamen, dicha pertenencia es el resultado de haber concurrido y superado un concreto procedimiento selectivo (el de FEA, especialidad Medicina Interna) y no otro (el de Médico de Urgencia Hospitalaria). Y la superación de ese concreto procedimiento selectivo tiene como finalidad acreditar no cualquier capacitación para el ejercicio y desempeño de unas concretas funciones (y no otras, por más que existen similitudes entre ellas), sino la mejor capacitación. En efecto, la pertenencia a la categoría FEA trae causa de la superación de un procedimiento selectivo para el acceso a la misma de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (artículos 23 y 103 de la Constitución), pues la concurrencia de diversos aspirantes que reúnen los mismos requisitos y la oposición entre ellos determina que la selección que se realice en dicho procedimiento permita la adquisición de la categoría de FEA a los más y mejor capacitados.

Constan en el expediente las Resoluciones de convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a la condición de personal estatutario fijo como Médico de Urgencias Hospitalarias, categoría que realmente ostenta la interesada y para el acceso a la condición de personal estatutario fijo como FEA de Medicina Interna.

En ambos casos se trata de un concurso-oposición, pero con un contenido y desarrollo bien diferenciados:

En el procedimiento para el acceso de Médico de Urgencias Hospitalarias (Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos del SERMAS de 17 de diciembre de 2009 –BOCM nº 307, de 28 de diciembre de 2009–) la fase de oposición consta de un ejercicio tipo test de

150 preguntas relacionadas con un temario de 76 temas que se publica como anexo I y 10 preguntas de reserva, todas ellas con 4 alternativas de respuesta siendo válida sólo una de las respuestas. La puntuación máxima será de 100 puntos. En la fase de concurso el baremo se publica como anexo II y asigna, como máximo, 60 puntos a la experiencia profesional, 40 puntos a la formación, docencia e investigación y 8 puntos a la promoción interna. Ello supone la suma de 208 puntos entre las dos fases.

En el apartado de experiencia profesional, se atribuye a cada mes completo de servicios prestados como Médico Especialista o Médico de Medicina General (0,25 puntos); como Médico de Urgencias Extrahospitalarias (0,15 puntos); como Médico Especialista en Anestesiología y Reanimación, en Medicina Intensiva o en Medicina Interna en el Sistema Nacional de Salud (SNS) o en los Servicios de Salud de la Unión Europea (0,15 puntos); en actividades directivas en las Instituciones Sanitarias de la Comunidad de Madrid (0,15 puntos); como Médico de Atención Primaria, Médico especialista en Medicina Familiar y Comunitaria, Médico de Medicina General habilitado para el desempeño de las funciones de Médico de Medicina General en el SNS, Médico de refuerzo de EAP o Médica de SAR en el SNS o en los Servicios de Salud de la Unión Europea (0,10 puntos); como Médico Especialista o Médico de Medicina General habilitado para el desempeño de funciones de Médico de Medicina General en el SNS, en Unidades de Urgencias Hospitalarias en instituciones sanitarias privadas de la Unión Europea, con concierto asistencial y/o docente (0,10 puntos).

En el apartado de formación, del total de 40 puntos se atribuyen 5 puntos a la titulación MIR de Médico Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria, Anestesiología y Reanimación, Medicina Intensiva y Medicina Interna.

Por su parte, en el proceso para el acceso a la categoría de FEA de Medicina Interna (Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos del SERMAS de 4 de noviembre de 2009 –BOCM nº 274, de 18 de noviembre de 2009–) la fase de oposición consiste en la resolución de dos supuestos clínicos que versen sobre el contenido propio de la especialidad que se convoca a elegir entre tres propuestos por el Tribunal en un tiempo máximo de 180 minutos. La fase de oposición se califica hasta 60 puntos como máximo. En la fase de concurso la puntuación máxima será de 40 puntos, correspondiendo 24 a la experiencia profesional y 16 a la formación, docencia e investigación. Ello supone la suma de 100 puntos entre las dos fases.

En el apartado de experiencia profesional, se atribuye a cada mes completo de servicios prestados como Médico especialista en Medicina Interna en el SNS o en los servicios públicos de salud de la Unión Europea (0,2 puntos): como Médico Residente para la obtención del título de Medicina Interna (0,1 punto); como Médico General del SNS en Áreas de la especialidad que se convoca con anterioridad a la obtención del título en Medicina Interna (0,08 puntos); como Facultativo Especialista de Cupo en Áreas de la especialidad que se convoca (0,08 puntos); como Médico especialista en Medicina Interna en instituciones no sanitarias de las Administraciones públicas (0,06 puntos); como personal directivo en instituciones sanitarias dependientes de la Comunidad de Madrid (0,06 puntos); como Médico especialista en Medicina Interna en instituciones sanitarias privadas de la Unión Europea (0,04 puntos).

En el apartado de formación, del total de 16 puntos se tribuyen 3,6 puntos a la titulación MIR de Médico especialista en Medicina Interna.

A la vista de ambos procedimientos resulta notorio que no son equivalentes ni equiparables ni siquiera semejantes en lo relativo a acreditar la capacitación para el desempeño de las funciones de FEA de Medicina

Interna, entendiendo la acreditación de esta capacitación como requisito esencial, no siendo suficiente la titulación en Medicina Interna y la condición como personal estatutario fijo que reúne la interesada, aunque en la categoría de Médico de Urgencias Hospitalarias, para poder acceder a la categoría de FEA de Medicina Interna.

De lo dicho, se colige sin dificultad que la adjudicación de la plaza de Facultativo Especialista de Área de Medicina del Interna en el Hospital del Norte, Infanta Sofía, a la interesada no es ajustada 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 LRJ-PAC, al carecer aquélla de los requisitos esenciales para la adquisición de ese derecho.

**QUINTA.-** Como ya mencionábamos en la consideración jurídica tercera, la posibilidad de revisar de oficio los actos nulos de pleno derecho en cualquier momento queda matizada por la propia LRJ-PAC, cuando en su artículo 106 dispone: *“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”*.

Es necesario en el caso sometido a dictamen analizar si concurren o no límites para proceder a la revisión de oficio.

En primer lugar, hemos de tener en cuenta el tiempo transcurrido desde la Resolución de 18 de enero de 2008 por la que se resolvió parcialmente procedimiento de reordenación de efectivos cuya nulidad se pretende en el expediente de revisión de oficio sometido a consulta y la fecha de incoación del mentado expediente, 3 de noviembre de 2010, es decir, dos años y diez meses.

La consideración del tiempo transcurrido es relevante en orden a considerar si, después de casi tres años desde su dictado, 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 sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia nº 222/2010, de 5 de marzo (RJCA/2010/446) en la resolución de un recurso contra la desestimación por silencio de un recurso extraordinario de revisión formulado contra una resolución de aprobación de la lista definitiva de aprobados en un procedimiento selectivo expresa que *“la Administración hoy demandada debió proceder a rectificar, y no solo respecto de los hoy actores sino respecto de todos los participantes en el procedimiento selectivo del que venimos haciendo mérito, los errores materiales de que la resolución que puso fin al mismo adolecía, los cuales le eran, y le son, sobradamente conocidos a la Administración. Ni siquiera impediría esta actuación, a nuestro juicio obligada o debida, el que el artículo 106 de la Ley 30/1992 aluda a ciertos límites al ejercicio de las facultades de revisión y ello porque, pese al tiempo transcurrido desde que se llevó a cabo el procedimiento selectivo en el que se produjo el error material, la rectificación a efectuar, lejos de ser contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, resulta exigida desde esos mismos parámetros ya que nunca se puede ser insensible ante situaciones en las que, quienes han demostrado mayor mérito y capacidad en virtud de las propias reglas establecidas por el Tribunal Calificador en un proceso selectivo determinado, quedan fuera del mismo por una defectuosa actuación en la corrección mecánica de unos exámenes en la que no tuvieron nada que ver. No se puede perder de vista, tampoco, que difícilmente la lógica y la razón, y por ello el derecho, son capaces de amparar situaciones en las que, siéndose conscientes de la existencia de*

*errores indubitados, se pretendan seguir manteniendo los mismos por argumentos meramente formales y ello, porque, como habremos de convenir, las formas, los ritos y los procedimientos están ideados, como elementos adjetivos que son, a establecer cauces para el ordenado ejercicio de las pretensiones o para hacerlas valer, nunca como obstáculo para impedir la razón a quien efectivamente la lleva. Lo que está en juego, además, no es baladí, sino el puesto de trabajo de muchas personas, al que legítimamente debían haber accedido después de superar un complicado proceso selectivo, con concurrencia masiva, en el que para salir airoso se ha tenido que emplear un esfuerzo muy notable y bastante tiempo de preparación, como todo lo que ello comporta”.* En el caso resuelto por esta Sentencia de 5 de marzo de 2010 la Resolución cuya nulidad se pretendía era de 24 de marzo de 2003, por lo que el tiempo transcurrido es de siete años, pese a lo cual el Tribunal considera procedente (e incluso obligada para la Administración) la revisión de oficio con objeto de que la nulidad del acto sea extensible a todos los participantes y no sólo a los que plantearon el recurso de revisión sobre cuya desestimación se pronuncia.

El Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en Sentencia 9/2001, de 16 de enero (JUR/2001/162085), dictada en resolución de recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Castellón por el que se estimaba recurso contra la inadmisión de solicitud de revisión de oficio de nombramientos de funcionarios interinos de fechas 11 de junio de 1996, 1 de octubre de 1997 y 4 de febrero de 1998 expresa: “(...) *no cabe olvidar que también la Constitución protege como valor inspirador de nuestro ordenamiento el de la seguridad jurídica (artículo 9.3); sin embargo, en el caso de autos, desde la fecha de los nombramientos interinos hasta la presentación de solicitud de su revisión (junio de 1999) no puede estimarse que haya transcurrido un tiempo tan prolongado, que haga su revisión contraria a las mencionadas exigencias de la equidad, la buena fe y la seguridad*

*jurídica (este propio Tribunal, en Sentencia de 21 de marzo de 2000, recurso n<sup>o</sup> 3213/97, denegó la revisión de un acto administrativo, por haberse solicitado transcurridos once años y dos meses después de producido, tiempo que casi cuadriplica el que aquí se contempla), por lo que no cabe acoger este segundo motivo del recurso”.*

En efecto, los plazos que los órganos jurisdiccionales vienen considerando un límite para la revisión de oficio son mayores que los casi tres años del caso sometido a dictamen, así se considera improcedente la revisión de oficio por aplicar el límite del transcurso del tiempo en aras a garantizar la seguridad jurídica en Sentencias, que se citan a modo de ejemplo y sin ánimo exhaustivo, del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2009 (RJ/2009/828) y 1 de julio de 2008 (RJ/2008/3335), por un tiempo de ocho años en la primera y de diez años en la segunda; Sentencias de la Audiencia Nacional de 7 de julio de 2010 (JUR/2010/288925) y de 7 de junio de 2010 (RJCA/2010/563), por un tiempo de 8 años en la primera y de diez años en la segunda.

Atendiendo a lo expuesto no cabe considerar que, en este concreto caso, el transcurso del tiempo sea un límite para la revisión de oficio.

Ello no obstante, el artículo 106 menciona, además del tiempo transcurrido, “*otras circunstancias*” que pudieran hacer que el ejercicio de la revisión de oficio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o las leyes. A la vista del expediente de revisión de oficio no podemos dejar de mencionar la defectuosa actuación por parte de los órganos dependientes de la Dirección General de Recursos Humanos del SERMAS.

En este sentido, ya hemos mencionado la existencia de documentos en el expediente que atribuyen incorrectamente a la interesada la condición de FEA.

También es preciso señalar los defectos en que incurre la propia convocatoria para la reordenación de efectivos:

- La base 1.2 expresa que *“el interesado podrá solicitar, por orden de preferencia, aquellas plazas de su categoría y especialidad (...)”*, lo que no es concordante con lo dispuesto en las bases 2.1 y 5.1 a), que hacen referencia a *“la misma categoría y/o especialidad”*.

- En el Anexo I se ofertan plazas que se denominan F.E. Urgencias Hospitalarias, cuando la categoría que existe es de Médico de Urgencias Hospitalarias y no de F.E.

- En las instrucciones de solicitud se hace constar que *“En la casilla correspondiente a CATEGORÍA, CUERPO O ESCALA DEL ASPIRANTE, indique la que corresponda de entre las siguientes:*

*\* Facultativo Especialista de Área (FEA).*

*\* Facultativo Especialista de cupo.*

*\* Facultativo Especialista.*

*\* Titulado Superior Especialista.*

*\* Médico de Familia de Atención Primaria.*

*\* Médico APD.*

*\* Pediatra de Atención Primaria”.*

De acuerdo con lo establecido en la base 1.2 citada y atendiendo a las plazas ofertadas, que son todas F.E., sólo las tres primeras de las categorías citadas podían concurrir a este procedimiento.

Igualmente se observa que en el procedimiento de adjudicación de las plazas no se comprobó con la suficiente diligencia el cumplimiento de los requisitos por parte de los solicitante lo cual, finalmente condujo a la

adjudicación de plazas a solicitantes que carecían de alguno de los requisitos esenciales.

Es evidente que todas estas incorrecciones son imputables a la Administración y lo que procede es entrar a valorar si son suficientes para limitar la revisión de oficio. En primer lugar, la previsión legal del instituto de la revisión de oficio parte del presupuesto de la posibilidad de una incorrecta actuación administrativa, pues bajo el presupuesto de una siempre correcta actuación no existirían los actos nulos de pleno derecho ni, por ende, la revisión de oficio. Por ello, no cabe negar la posibilidad de revisión por el mero hecho de que la Administración haya incurrido en errores como los expuestos, sino que lo que hay que ponderar es la revisión, considerando la existencia de dichas incorrecciones, sería contraria a la equidad, la buena fe, los derechos de los particulares o las leyes.

En el caso que nos ocupa la asignación de una plaza a un aspirante determina, inevitablemente, la exclusión de otros aspirantes a esa misma plaza, por lo que, desde esta perspectiva, sería más favorable a los derechos de los participantes que concurrieron y solicitaron la plaza de FEA de Medicina Interna en el Hospital del Norte y a la equidad la revisión de oficio.

Por otro lado, más allá de la existencia de la incorrecta actuación administrativa que ha existido, lo cierto es que la defectuosa adjudicación de la plaza ha traído causa no sólo de dicha actuación administrativa, sino también del hecho de que la interesada hiciese constar en su solicitud su pertenencia a una categoría a la que no pertenecía. No cabe considerar que la interesada ignorase la categoría a la que realmente pertenecía, porque ello equivaldría a suponer que desconocía la oposición a la que se presentó y que ganó y que desconocía también el puesto de trabajo en el que tomó posesión. Lo cual no se modifica en nada por el hecho de que la interesada en sus alegaciones expusiera que resultó integrada en la categoría de FEA,

lo que, como ya quedó expuesto más arriba, se aparta de la realidad ya que se trataba de la aplicación de un acuerdo sindical sobre carrera administrativa y retribuciones que en nada afectaba a las categorías.

A nuestro juicio y tomando como parámetro la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2009, dictada en el recurso de casación nº 3191/2005, no hay nada en las actuaciones que justifique la aplicación de este precepto, pues no puede tomarse como tal el haber estado desarrollado el trabajo adecuadamente porque ello no excluye la infracción legal a pesar de que se haya consentido por la Administración. Ni tampoco cabe aludir la buena fe de los interesados pues ellos mismos han inducido a error a la Administración al manifestar en su solicitud que pertenecían a la categoría de Facultativo Especialista de Área, cuando carecían de ella.

Por último, puede plantearse que al no haber comprobado por la Administración la categoría de origen de la interesada se ha generado una confianza en la misma que no puede ser quebrantada. Ahora bien dicha argumentación no puede admitirse en modo alguno por cuanto ello impediría la revisión de la práctica totalidad de actos administrativos que hubieran sido debidos a la propia iniciativa de la administración actuante. Por su interés reproducimos, en parte, el fundamento de derecho quinto de la Sentencia de 27 de diciembre de 2006 del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación nº 5980/2001: *“Por lo que hace a la confianza propia que el recurrente dice le fue despertada por el Ayuntamiento sobre la validez de la convocatoria, lo primero que hay que señalar es que la aplicación de este planteamiento del recurso imposibilitaría la revisión de la práctica totalidad de todos los actos administrativos que hubieran sido debidos a la mera iniciativa de la Administración actuante. No parece que esa haya sido la intención del legislador, dados los amplios términos con que se configura la revisión de oficio en lo que se refiere a los actos administrativos a que puede ser aplicada (amplitud que opera -así hay que subrayarlo- en cuanto a los actos revisables, no en cuanto a los*

*motivos que permiten esa revisión, ciertamente tasados). Esto aconseja que la revisión de oficio, por sí sola, no pueda ser considerada constitutiva del quebrantamiento de una confianza indebidamente despertada y, a causa de ello, incurra en el límite de la buena fe que figura en el artículo 106 de la Ley 30/1992. Esa revisión de oficio es una previsión normativa y su ejercicio por parte de la Administración, consiguientemente, no puede considerarse como algo necesariamente desleal. La apreciación de una confianza que pueda justificar la valoración de una revisión de oficio como constitutiva de un proceder administrativo contrario a la buena fe exigirá algo más: que la Administración haya hecho cualquier clase de manifestaciones sobre la validez de un concreto aspecto o elemento de su actuación administrativa; que haya generado la apariencia de que esa era ya una cuestión previamente analizada y valorada por ella; y que, posteriormente, promueva la revisión de oficio con base en la invalidez de ese mismo elemento y en contradicción con su anterior manifestación sobre esa concreta cuestión.”*

En atención a lo expuesto no se aprecia que concurran los límites que el artículo 106 LRJ-PAC dispone para la revisión de oficio.

**SEXTA.-** Estimada procedente la declaración de nulidad del acto administrativo, cabe hacer una última consideración relativa a los efectos que la mencionada nulidad pueda llevar consigo.

La declaración de nulidad de un acto administrativo tiene efectos “*ex tunc*”, por lo que es expulsado del ordenamiento jurídico con efectos retroactivos, como si nunca hubiera existido, procediendo deshacer cualquier efecto derivado del mismo.

A este respecto, cabe señalar que, si bien el artículo 102.4 de la LRJ-PAC, referido a la revisión de oficio, contempla la posibilidad de que en el mismo acto de anulación se establezcan las indemnizaciones que correspondan a los interesados, si se dieran los requisitos para el

surgimiento de la responsabilidad patrimonial regulada en el artículo 139 y siguientes de la misma ley, el sentido de esta norma no es otro que facilitar las indemnizaciones que procedan, por los daños causados por el acto nulo, no por el acto de anulación. Las razones que llevan a esta conclusión parten de un recto entendimiento institucional del precepto y de su contexto.

La revisión es una institución destinada directamente a hacer desaparecer los efectos de un acto. Si el acto hubiera supuesto un incremento del patrimonio jurídico de un particular, es claro que el acto revisor va a producir como efecto directo el despojo de dicho patrimonio. En este esquema, no cabe contemplar la existencia de responsabilidad patrimonial derivada del acto de anulación, puesto que el efecto principal y directo del acto es, justamente, producir tal efecto. Sí cabría, sin embargo, la indemnización por daños producidos por el acto anulado, siempre y cuando concurriesen los requisitos legalmente establecidos para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial, requisitos que en el presente caso no han resultado probados ni se derivan del expediente administrativo, motivo por el cual el acto de anulación no ha de contener tal previsión.

## CONCLUSIÓN

Procede la revisión de oficio de la Resolución de fecha 18 de enero de 2008 de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud por la que se resuelve parcialmente el proceso de reordenación voluntaria de Personal Facultativo Sanitario, respecto de la adjudicación efectuada a favor de la interesada, por ser dicho acto nulo de pleno derecho.

El presente dictamen es vinculante.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA AL PRESENTE  
DICTAMEN EL CONSEJERO D. PEDRO SABANDO SUÁREZ.**

“Al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, con todo respeto a los criterios expuestos por el resto de Consejeros de este órgano consultivo, formulo voto particular a los Dictámenes aprobados el 29 de diciembre de 2010 sobre consulta planteada por el Consejero de Sanidad, en aplicación del artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora de este Consejo, por la que se somete a dictamen la revisión de oficio de las Resoluciones de la Dirección General de recursos Humanos de la Consejería de Sanidad por las que se resuelve parcialmente proceso de reordenación de efectivos dirigido al personal facultativo especialista convocado el 17 de septiembre de 2007.

Los Dictámenes de los que se discrepa concluyen la procedencia de la revisión de oficio por concurrir la causa prevista en el artículo 62.1.f) de la LRJ-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”.

En concreto, los Dictámenes entienden que se vulnera el requisito esencial de concurrir al procedimiento selectivo desde la misma categoría a la que se optaba y literalmente exponen que en los casos sometidos a Dictamen los interesados accedieron “sin tener los requisitos previstos en el proceso de reordenación de efectivos a una plaza de FEA de Medicina Interna a la que solo podrían haber accedido por un sistema concursal de promoción interna regido por los principios de igualdad, mérito y capacidad” y añaden que “la asignación de una plaza de FEA de Medicina Interna a los interesados in haber sido seleccionados mediante un sistema

de oposición, concurso o concurso-oposición a través del sistema de promoción interna, conculca los artículos 30, 31 y 34 de la Ley 55/2003”.

El argumento principal de los Dictámenes, por lo tanto, para considerar que se incumple un requisito esencial radica en que dicho requisito sea la pertenencia a la categoría de Facultativo Especialista de Área (FEA), que es a la que se optaba y no a otra categoría como la de Médico de Urgencia Hospitalaria, que es a la que los interesados pertenecían.

Es, precisamente, de este argumento principal de los Dictámenes emitidos del que, con todo respeto, discrepamos por entender que los interesados sí cumplen con los requisitos de la convocatoria.

Hemos de partir de la base de que no nos encontramos ante un procedimiento de promoción interna, como se considera en los Dictámenes, sino ante un ejercicio de la potestad de autoorganización de la Administración mediante una reordenación de efectivos para dar cobertura a plazas en nuevos hospitales. Así lo asume también el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 18 de marzo de 2010 (JUR 2010\292413), en la que expresa que “Efectivamente, el hecho de que no nos hallemos ante un proceso concursal de promoción interna regido por los principios de igualdad, mérito y capacidad, sino ante el ejercicio de facultades de autoorganización que se mueven en el ámbito de cierta discrecionalidad técnica, no quiere decir que la Administración no deba someterse a los criterios de valoración que ella misma se ha autoimpuesto”.

En definitiva, el procedimiento de reordenación de efectivos no es una promoción interna, por más que, como señala el TSJ de Madrid en la Sentencia citada, la Administración sanitaria en el ejercicio de la potestad autoorganizatoria deba sujetarse a los principios de igualdad, mérito y capacidad, principios que se encuentran recogidos en la convocatoria de 17 de septiembre de 2007 al establecer los criterios de valoración. Pretender

que estos principios de igualdad, mérito y capacidad solo se satisfacen a través de los procedimientos de oposición, concurso-oposición o concurso determinaría la inutilidad de procedimientos de provisión de puestos de trabajo previstos en la legislación en materia de función pública como la reasignación o la redistribución de efectivos.

No nos encontramos, por lo tanto, ante un supuesto de promoción interna, por lo que no cabe hablar de conculcación de los artículos 30, 31 y 34 de la Ley 55/2003, de 26 de diciembre, por la que se regula Estatuto marco del personal estatutario de servicios de salud, como se sostiene en los Dictámenes.

El ejercicio de la potestad autoorganizatoria a través del procedimiento de reordenación de efectivos tiene su habilitación legal en la Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, de la Comunidad de Madrid, en cuyo artículo 10.1. a) establece:

“Como consecuencia e la apertura de nuevos hospitales en la Comunidad de Madrid, la Consejería de Sanidad y Consumo podrá convocar procesos de reordenación de efectivos de carácter voluntario dirigido al personal estatutario fijo dependiente del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS). El personal que por este procedimiento obtenga destino en los hospitales de nueva creación, quedará adscrito a dichos centros”.

Por su parte, la base 2.1. de la convocatoria disponía que podían participar en el procedimiento de reordenación de efectivos “El personal estatutario que preste servicios en Instituciones sanitarias del Servicio Madrileño de Salud, con nombramiento en la misma categoría y/o especialidad a la que se opta, que a la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

a) En activo o situación asimilada que conlleve reserva de plaza en la Comunidad de Madrid.

b) En situación de servicios especiales concedida por la Comunidad de Madrid. Excedencia por prestar servicios en el sector público, excedencia voluntaria, excedencia por cuidado de familiar, excedencia por razón de violencia de género, siempre que en cualquiera de estas situaciones estén vinculados al Servicio Madrileño de Salud.

c) Servicios bajo otro régimen jurídico, siempre que estén en el período de los tres primeros años desde su concesión”.

Los interesados en sus alegaciones han manifestado que la conjunción disyuntiva “o” permitía su participación en el procedimiento en tanto en cuanto todos ellos habían acreditado estar en posesión de la titulación MIR de especialista en Medicina Interna.

Los Dictámenes, sobre esta alegación, expresan que “En los casos examinados, como ha quedado expuesto, los interesados no ostentaban la misma categoría de la plaza a que pretendían acceder –Facultativo Especialista de Área-, si bien consta en los expedientes que tienen el título de especialista en Medicina Interna. Según la interpretación que realizan los interesados, por esta sola circunstancia, podrían acceder a la plaza a la que optaron porque tenían la especialidad de Medicina Interna.

No puede compartirse este criterio, porque la base 2.1 de la convocatoria hace referencia al personal estatutario <<con nombramiento en la misma categoría y/o especialidad>>. Los interesados no fueron nombrados Médico de Urgencias Hospitalaria con la especialidad de Medicina Interna, sino como figura en la Resolución de 23 de marzo de 2006 <<Médico de Urgencia Hospitalaria>>. Los Médicos de Urgencia Hospitalaria necesitan para acceder a dicha categoría la posesión de

cualquier título de médico especialista y no uno específico, como se requiere para las categorías de especialistas facultativos de área”.

En definitiva, los Dictámenes se centran en la falta de nombramiento de los interesados como FEA, pero no atienden a la posibilidad de que ambos requisitos no sean acumulativos sino alternativos, posibilidad que claramente se desprende del tenor literal de la convocatoria no solo en la base 2.1 sino también en la base 5.1 que se encuentra dentro de los criterios de valoración.

También los Dictámenes dan especial relevancia a las diferentes pruebas a superar para acceder a la categoría de Médico de Urgencia Hospitalaria y de FEA, subrayando que para los primeros se necesita cualquier título de médico especialista (o ninguno si se posee la certificación prevista en el artículo 3 del Real Decreto 853/1993, de 4 de junio, sobre ejercicio de funciones de médico de medicina general en el Sistema Nacional de Salud) en tanto que para los segundos se requiere una titulación de especialista concreta.

En los casos sometidos a Dictamen todos los interesados han acreditado que están en posesión del título de especialista en Medicina Interna por lo que la cuestión se centraría en las diferentes pruebas a superar en los correspondientes procedimientos selectivos. Los Dictámenes son prolijos a la hora de subrayar estas diferencias, pero ello no es de relevancia para los casos examinados dado que, como expresamos más arriba, el requisito de pertenencia a una u otra categoría no se perfila en la convocatoria como un requisito sine qua non sino de cumplimiento alternativo respecto de la especialidad, el cual sí reúnen los interesados.

Tampoco cabe olvidar que, aun cuando los interesados cumplen con uno de los dos esquistos que se exigen alternativamente, que es la titulación como especialista en Medicina Interna, la trayectoria profesional de los

interesados es de internistas en los Servicios de Urgencias de diferentes hospitales, como también lo es su formación.

En nuestra opinión, los Dictámenes parecen obviar que los interesados son, por su titulación, especialista en Medicina Interna, por lo que no cabe considerar defectos o insuficiencias en lo que atañe a su formación como tales, restringiéndose así la distinción a la circunstancia de que una función se desempeñe, dentro del ámbito hospitalario, en el Servicio de Urgencias o en el de Medicina Interna.

No nos parece que esta distinción en el desempeño de las funciones en uno u otro servicio sea suficiente para considerar que los interesados no cumplen con uno de los requisitos esenciales para ser integrada como FEA de Medicina Interna, ya que no es, tampoco, una circunstancia que aparezca como requisito en la convocatoria

En atención a lo expuesto, no podemos sino concluir que no procede la revisión de oficio planteada por la consejería de Sanidad, al no concurrir en los caso sometido a dictamen la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC”.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA AL PRESENTE  
DICTAMEN EL CONSEJERO D. ANDRÉS DE LA OLIVA  
SANTOS.**

“Andrés de la Oliva Santos, Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo, formulo voto particular discrepante respecto de los dictámenes relativos a los expedientes 465/10,

466/10/ 467/10, 468/10, 469/10, 470/10, 471/10, 472/10, 473/10, 474/10, 475/10, 476/10, 477/10, 478/10, 479 y 480/10.

Antes de expresar las razones de mi discrepancia, es necesario exponer los siguientes

### ANTECEDENTES

1. En la mañana del día 29 de diciembre de 2010, la Comisión Permanente de este Consejo deliberó acerca de los expedientes arriba indicados, con examen conjunto de las características comunes a los casos y algunas diferencias que estimaron oportuno señalar los miembros del Consejo a quienes había correspondido la ponencia de cada expediente. Tras las intervenciones de varios Consejeros y Consejeras, incluido el firmante de esta enmienda, se pasó a votar el sentido de los dictámenes, registrándose amplia mayoría de conformidad con las ponencias, con dos votos en contra, del Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez y del firmante de este voto particular. Así, pues, el Consejo Consultivo aprobó emitir dictamen favorable a las pretensiones de revisión de oficio expresadas por la Administración consultante. Entiendo que las circunstancias de esta deliberación y votación conjunta, aceptada por todos, me permiten formular este voto particular asimismo conjunto.

2. Todos los expedientes relacionados arriba tienen en común referirse a procedimientos de revisión de oficio de los resultados de “proceso de reordenación de efectivos” convocado por Resolución de 17 de septiembre de 2007, de la Dirección de Recursos Humanos. Se pretende por la Administración consultante la declaración de nulidad de pleno derecho, al amparo del art. 62.1, letra f) LRJAP-PAC, de ciertos resultados parciales de ese “proceso”, por los que, a los profesionales de la medicina a que se refiere cada uno de los expedientes, la misma Administración Sanitaria ahora consultante les otorgó plaza en alguno de los seis hospitales creados por la Ley 4/2006, de Medidas Fiscales y Administrativas, de la

Comunidad de Madrid y les atribuyó la categoría de Facultativo Especialista de Área de Medicina Interna. La Administración consultante pretende que esos “nombramientos” están viciados de nulidad radical por falta de igualdad o equivalencia entre la citada categoría y la condición de “Médico de urgencia hospitalaria”.

5. Planteada en la antedicha sesión por el firmante de este voto particular, como cuestión previa y en los términos que se dirán, la procedencia de devolver los expedientes, la mayoría del Consejo rechazó la devolución al aprobar que se informasen favorablemente las solicitudes de dictamen sobre los referidos expedientes.

Expuestos los antecedentes, paso a enunciar y explicar los distintos fundamentos de mi discrepancia. Confío que se entienda que es fruto del detenido estudio encarecido por el Excmo. Sr. Presidente respecto de los expedientes 440/10 (dictamen 454/10) (dictamen 454/10) y 441/10 (dictamen 455/10) y que si este voto particular resulta ser, por remisión a otro anterior, de desusada extensión, sólo se debe a la gravedad de los bienes jurídicos en juego y a la abundancia de afirmaciones que han suscitado mi disconformidad, con lamentable frecuencia radical, cosa que soy el primero en lamentar. La expresión de mi discrepancia no empaña el respeto y afecto que siento para mis compañeros del Consejo. Y en cuanto a la libertad formal de mi crítica, me parece que es la propia de un múltiple y profundo desacuerdo jurídico y de la necesaria claridad que debe existir al exponer la postura que se considera conforme a Derecho.

## DISCREPANCIA CON LOS DICTÁMENES APROBADOS

### A) DISCREPANCIA POR RAZONES JURÍDICO-FORMALES

1.- Emisión de los dictámenes sobre expedientes que no contenían verdaderas propuestas de resolución ni documentos que expresasen con

suficientemente concreción qué se proponía resolver la Administración consultante.

A) De ordinario, las Administraciones y entidades públicas que se proponen adoptar resoluciones o decisiones para las que se requiere dictamen previo de este Consejo, remiten a éste el expediente completo del asunto de que se trate, con una propuesta de resolución, que es, en definitiva, aquello sobre lo que este órgano consultivo emite su dictamen. Ni que decir tiene que, a la vista de los dictámenes de este Consejo, las Administraciones y entidades públicas, salvo que el dictamen preceptivo sea vinculante y resulte desfavorable, pueden o no modificar lo que se proponían resolver y, por tanto, dictar resoluciones idénticas o muy distintas a las propuestas que en su día remitieron a este órgano consultivo.

B) Se ha sostenido en el Consejo, respecto de los asuntos que ahora interesan, una posición rotundamente contraria a la procedencia de que, respecto de dictámenes sobre expedientes de revisión de oficio, la Administración incluya su “propuesta de resolución”.

Sin embargo, un examen de los dictámenes publicados en la página “web” del mismo Consejo arroja un resultado contrario a tal posición. El repaso de los dictámenes de tres años (2008, 2009 y 2010) sobre revisión de oficio revela que, en efecto, en varias ocasiones no se remitió una provisional propuesta de resolución, pero también ha permitido comprobar -comenzando por el año 2010 y terminando por el 2008 y, dentro de cada año, procediendo de las fechas primeras a las últimas- que, en un gran número de casos de revisión de oficio, sobre los que recayeron dictámenes, la Administración consultante formuló propuesta de resolución y la incluyó en el expediente remitido al Consejo.

Así ocurrió en el caso de revisión de oficio resuelto por el dictamen 2/2010, del que fue ponente la Excm. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano, en que el expediente culminaba con propuesta de resolución de

16 de noviembre de 2009. Y lo mismo hemos observado en los siguientes casos: el del dictamen 25/2010, del que fue ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz (en el que se afirma que “no consta la fecha de la notificación de la propuesta de resolución al interesado”); en el del dictamen 56/2009 (Ponente, Excmo. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso); en el del dictamen 108/2009 (Ponente, Excmo. Sr. D. Fernando Merry del Val); en el del dictamen 256/2009 (Ponente, Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, en el que se hace constar que “se formula, el 10 de marzo de 2009, por el Secretario General Técnico de la Consejería de Educación propuesta de resolución de declaración de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos de reconocimiento de los complementos por formación permanente (sexenios) números dos y tres a J.M.G.F.”); en el del dictamen 337/2009 (Ponente, Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, el que se lee que “se formula el 14 de abril de 2009 por el Secretario General Técnico de la Consejería de Educación, con el informe favorable de los Servicios Jurídicos, propuesta de resolución de declaración de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos de reconocimiento de los complementos por formación permanente (sexenios) primero y segundo de G.C.S.”); en el del dictamen 338/2009 (del mismo Ponente y, al parecer, sobre el mismo asunto); en el del dictamen 362/09 (Ponente, Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, en que aparece una Orden de la Consejera de Educación, de 14 de abril de 2009, como “propuesta de resolución”, que es remitida al Consejo con el expediente); en el del dictamen 390/09 (Ponente, Excmo. Sr. D. Fernando Merry del Val; que expresamente se refiere a “propuesta de resolución” que consta en el expediente); en el del dictamen 431/2009 (Ponente, Excmo. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano: consta la existencia de propuesta de resolución, de 21 de julio de 2009, formulada por el Secretario General Técnico de la Consejería de Educación); en el del dictamen 482/09 (Ponente, Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, en que se lee lo siguiente: “Por Orden de la Consejera de Educación de 28 de julio de 2009... se procede a declarar la

nulidad de pleno derecho del acto administrativo objeto de revisión, en la cual se establece en su fundamento de derecho cuarto, que de conformidad con 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, se procederá a recabar dictamen de este órgano consultivo, lo que se comunicará a la interesada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJAP-PAC”, frases que evidencian que a este Consejo fue traída una propuesta de resolución concreta), en el del dictamen 2/08 (Ponente, Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz), en del dictamen 21/08 (Ponente, Excma. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano: consta que “la Consejería de Economía y Hacienda con fecha 3 de septiembre de 2008 dicta Propuesta de Resolución desestimatoria de la revisión de oficio solicitada”).

Pero aún hay más: en el dictamen 180/09, sobre revisión de oficio, dictamen del que fue ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, además de entenderse que en el caso se había eludido un esencial trámite de audiencia, se afirmaba literalmente lo siguiente: “una vez culminada la instrucción del procedimiento, deberá dictarse propuesta de resolución, sobre la cual deberá pronunciarse este Consejo Consultivo, previo envío del expediente completo”. Y, en méritos de lo expuesto, el dictamen finalizaba con la siguiente “conclusión”:

*“Procede retrotraer las actuaciones, a fin de otorgar trámite de audiencia a la Junta de Compensación del PAU-5 de Parla, así como a la Comunidad de Madrid, y una vez cumplimentado este trámite, deberá dictarse propuesta de resolución, remitiendo lo actuado nuevamente a este Consejo para dictamen.”* (la cursiva es mía).

C) Así, pues, en el caso del dictamen 180/09 no se trató sólo de retrotraer actuaciones para cumplimentar un trámite de audiencia indebidamente omitido, sino del deber (“deberá dictarse”) de dictar

propuesta de resolución antes de remitir de nuevo el expediente al Consejo. Con todo, lo importante no es, a mi entender, la existencia de una formal propuesta de resolución, sino que el órgano consultivo competente, cuando se encuentre en el trance de dictaminar la procedencia de la revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo, disponga de un expediente en el que conste todo lo que es objeto de objeto de la revisión y de la eventual declaración de nulidad, a fin de que su dictamen no emita, por así decirlo, en el vacío.

En los casos en que la revisión de oficio ha sido instada por interesados, ese mismo acto de instancia suele permitir conocer el preciso alcance de la revisión y del dictamen correspondiente. Por el contrario, cuando la revisión por nulidad absoluta de un acto administrativo obedece a una iniciativa de la Administración, como ha sucedido en los casos de los dictámenes de los que aquí discrepamos, el expediente, si no contiene una formal propuesta de resolución, debe, por otros medios, determinar todos los extremos de la nulidad que consulta. De lo contrario, se estará forzando al órgano consultivo a un dictamen con un alto grado de indeterminación y no será conforme a la verdad afirmar, cuando la Administración dicte una resolución con el contenido que exige el art. 89.1 LRJAP-PAC, que tal resolución ha sido dictada previo dictamen favorable del Consejo Consultivo.

Estas consideraciones se encuentran formuladas, en distintos términos, en los dictámenes 209/08 y 210/08 de este mismo Consejo, dictámenes emitidos por unanimidad, de los que fue ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Merry del Val. En ambos dictámenes se lee lo siguiente:

*“Tampoco consta que se haya elaborado propuesta de resolución por lo que se desconoce exactamente cuál es el objeto del proceso de revisión de oficio. Resulta imposible tener certeza sobre tal extremo, toda vez que el expediente seguido no ha culminado, como era procedente, con la oportuna*

*propuesta de resolución. Se trata de un defecto esencial en orden a la posible emisión por este Consejo del dictamen solicitado porque —ello ocurre especialmente en los casos de revisión de oficio, en que nuestro dictamen es habilitante de la resolución que se adopte—, el Consejo, tratándose de dictámenes preceptivos, nunca se pronuncia en abstracto, sino que lo hace en relación con los contenidos dispositivos o decisorios concretos que la Administración pretende adoptar.” (la cursiva es nuestra)*

Verdad es que, tras estos claros y contundentes argumentos y pese a calificar de “defecto esencial” la ausencia de propuesta de resolución, los dictámenes proseguían con la siguiente frase: “Ello no obstante, dado que el acuerdo de inicio justifica la causa en virtud de la que se incoa el procedimiento de revisión de oficio, no se considera irregularidad relevante”. Existe, sin embargo, una explicación razonable para esta aparente contradicción: en los dos casos de los dictámenes 209/08 y 210/08, el Consejo Consultivo se encontraba con tres factores de mucha importancia: el primero, que los expedientes habían caducado; el segundo, que los actos no eran firmes y, en consecuencia, resultaban inidóneos para la revisión de oficio en el momento en que ésta se inició; el tercero, que se había infringido el trámite de audiencia, de suerte que procedería la retroacción de las actuaciones. Así las cosas, bien pudo considerarse que, pese al “defecto esencial”, carecía de sentido decidir la devolución del expediente por incompleto y lo tenía, en cambio, que el Consejo Consultivo, entendiéndose que, pese al “defecto esencial”, disponía ya, para dictaminar sobre el fondo, desfavorablemente, con carácter orientativo, de datos suficientes.

En los casos de los expedientes enunciados en el encabezamiento y resueltos por los dictámenes de que discrepamos, no se daban los dos primeros de los tres factores enunciados. Y ocurría que el último escrito de la Administración consultante, un denominado “informe sobre las alegaciones” presentadas por las interesadas a la vista de la resolución en

que se acordaba iniciar el procedimiento de revisión de oficio no permitía, ni por sí mismo ni en relación con la resolución de inicio, conocer el alcance de pretendida nulidad de pleno derecho de los actos concernientes a las interesadas.

D) En los casos dictaminados, los actos que la Administración consultante pretende haber dictado con vicio de nulidad absoluta tienen un contenido complejo: por un lado, adjudican plaza en un concreto Hospital y por otro, atribuyen una determinada categoría profesional.

Si se revisan de oficio y se declaran radicalmente nulos unos actos que presentan al menos ese complejo contenido, el procedimiento debe finalizar con una resolución o documento de la Administración consultante que determine lo que ésta considera procedente resolver sobre todos los aspectos señalados. Si a este Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid no se trae para dictamen una propuesta de resolución en debida forma o documento equivalente, será inevitable, ya que la Administración, habilitada por los dictámenes, dicte una resolución contraria al art. 89.1 LRJAP-PAC, que habrá de ser completada, ya que dicte resolución acorde con el art. 89.1 LRJAP-PAC, pero sin el previo dictamen favorable de este Consejo, pues sobre los aspectos referidos nada habrá dictaminado este Consejo. En ambos supuestos, no será conforme a la verdad afirmar que, bien lo que complementa una inicial Resolución incompleta, bien la eventual resolución completa que se dicte se ha adoptado previo dictamen favorable de este Consejo, porque el Consejo no habrá emitido dictamen sobre lo resuelto por la Administración consultante, pues ésta no lo habrá expuesto previamente a este órgano consultivo.

No es de olvidar, finalmente, que la nulidad de pleno derecho surte efectos *ex tunc*, es decir, en nuestros casos, desde que las fechas de las Resoluciones que se pretendía anular, 18 y 21 de enero de 2008.

A este respecto, es de considerar el Dictamen 160/2009 de este mismo Consejo (Ponente, Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez) donde se hace notar algo de sumo interés: “la propuesta de revisión de oficio es escrupulosa con la equidad y los derechos económicos del interesado ya que, aunque la revisión de oficio declarando la nulidad del acto administrativo produciría efectos *ex tunc*, la propuesta de revisión expresa con claridad meridiana que “la declaración de nulidad de los actos administrativos de reconocimiento del primero, segundo y tercer sexenio objeto del presente procedimiento, conllevará la regularización del expediente personal y económico, mediante las anotaciones correspondientes en el registro de personal y el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, teniendo en cuenta, en cualquier caso, el plazo de prescripción de cuatro años establecido en el artículo 36.1.a) de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid”.”

Por contraste con lo sucedido en el caso del dictamen 160/2009, los dictámenes sobre los expedientes referidos en el encabezamiento prescinden por completo del absoluto silencio de la Administración consultante, no sólo sobre los dos distintos aspectos, antes señalados, de los actos objeto de la revisión de oficio, sino también sobre el alcance de los efectos *ex tunc* de la nulidad absoluta de esos actos. El contenido de una propuesta de resolución que tenía en cuenta los efectos *ex tunc*, propuesta que, por esa razón, unánimemente consideró este Consejo “escrupulosa con la equidad” en el año 2009, a este mismo Consejo no le parece en absoluto relevante a finales del año 2010, cuando la pretensión de revisión nada indica sobre el alcance de tal eficacia *ex tunc* de la nulidad que la Administración pretende declarar por su propia iniciativa.

2.- Omisión del debido trámite de audiencia por la Administración consultante, con indefensión material para las interesadas, omisión que el

Consejo Consultivo resolvió no apreciar, rechazando la devolución del expediente para subsanar ese vicio.

Ya hemos dicho que un “informe sobre las alegaciones” es el último hito de los expedientes. Pues bien, en el “informe sobre las alegaciones” realizado por la Dirección General de Recursos Humanos aparecen nuevos argumentos de la Administración en favor de declarar la nulidad radical de los nombramientos.

La mayoría de los dictámenes de que discrepamos ni siquiera advierten esta circunstancia, pese ser idéntica a la que se daba en los expedientes 440/10 (dictamen 454/10) (dictamen 454/10) y 441/10 (dictamen 455/10). Ni siquiera se refieren a ella los dictámenes sobre los expedientes 465/10 y 473/10, redactados por el mismo ponente que aquéllos.

La STS de la Sala de lo Contencioso, de 13 de Octubre de 2000, se sirve de un criterio muy certero para distinguir cuándo la falta de audiencia determina indefensión y nulidad y cuando, por falta de indefensión material, el vicio no es invalidante: “por eso el interesado a quien no se ha oído no puede impugnar el acto alegando sólo ese mero vicio formal, (como aquí ocurre) sino que tiene que poner de manifiesto que por esa causa ha sufrido indefensión, es decir, una disminución de sus posibilidades de alegación y prueba. Esa disminución significa que al no serle concedida audiencia en su momento, ha perdido irremisiblemente, por la razón que sea, todas o algunas de esas posibilidades, de suerte que más tarde no podrá utilizarlas. En tal caso se ha producido una indefensión que es causa de anulación del acto administrativo. En otro caso, es decir, si a pesar de la falta de audiencia las posibilidades de alegación y prueba siguen intactas, el vicio formal no ha producido indefensión y constituye un mero vicio de forma no invalidante.”

En los procedimientos que nos interesan, es evidente que las interesadas perdieron irremisiblemente toda posibilidad de alegación sobre los nuevos

argumentos de la Administración en sus “informes sobre las alegaciones” y sobre los dictámenes 1/2010 y 2/2010 de este Consejo, aducidos en esos “informes”.

En virtud de lo expuesto, por falta de propuesta de resolución o documento similar, procedía, a nuestro entender y como expresamente propusimos, devolver los expedientes a la Consejería de Sanidad. Se trataba, a todas luces, de expedientes incompletos (arg. art. 17 de la Ley 6/2007, reguladora de este Consejo) y la devolución hubiera permitido conferir a las interesadas nuevo trámite de audiencia a fin de evitar la indefensión.

## B) DISCREPANCIA EN CUANTO AL FONDO DE LOS DICTÁMENES

Nuestra discrepancia de los dictámenes sobre los asuntos referenciados en el encabezamiento de este voto particular es sustancialmente idéntica, en gran medida, a la que expresamos en el voto particular discrepante de los dictámenes sobre los expedientes 440/10 (dictamen 454/10) (dictamen 454/10) y 441/10 (dictamen 455/10). El primer alegato de la Administración en pro de la revisión de oficio, que se encuentra en las resoluciones de inicio del procedimiento para esa revisión es, como en los casos 440/10 (dictamen 454/10) (dictamen 454/10) y 441/10 (dictamen 455/10), la presunta infracción de los arts. 30 y 31 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Téngase por reproducida, al respecto, la Consideración segunda del voto particular discrepante de los dictámenes emitidos sobre los casos de los expedientes 440/10 (dictamen 454/10) (dictamen 454/10) y 441/10 (dictamen 455/10). Ni se dio tal infracción de los arts. 30 y 31 del “Estatuto Marco” ni podía de buena fe aducirse esa infracción dada la absoluta irrelevancia de la Ley 55/2003, pues los “procesos de reordenación de efectivos” se habían convocado conforme a la Ley

autonómica 4/2006, antes citada: una ley especial, legítimamente aprobada, que podía y debía prevalecer sobre la ley general.

Tampoco vemos que se infringiese lo dispuesto en la base 2.1 de la Resolución de 17 de septiembre de 2007, puesto que esa base claramente exige “nombramiento en la misma categoría y/o especialidad a la que se opta”, de suerte que la alternatividad no ofrece duda y en todos los casos se trataba de profesionales que se presentaban a proceso de reordenación de efectivos con la misma especialidad a la que optaban.

Asimismo, entendemos que no existe en los casos objeto de los dictámenes de que aquí discrepamos, carencia en los correspondientes interesados de los requisitos esenciales para adquirir los derechos que la misma Administración sanitaria de la Comunidad de Madrid. Al respecto, nos remitimos, en lo que sean consideraciones generales o aplicables a los casos que ahora interesan, a lo expuesto en la Consideración cuarta, letras F) y G), del precedente voto particular. A nuestro entender, al entrañar los “procesos de reordenación de efectivos” unos juicios de equivalencia, la posesión por los interesados del Título de “Médico Especialista en Medicina Interna”, por encima de más exactas o inexactas correspondencias y comparaciones, determina la existencia en los interesados de los requisitos esenciales para ser considerados “Facultativo Especialista de Medicina Interna”, como los consideró la Administración sanitaria que ahora ha impulsado y culminado los procedimientos de revisión de oficio. A los efectos que importan en una revisión de oficio por la causa de nulidad de la letra f) del apartado 1 del art. 62 LRJAP-PAC, ciertas disparidades con la condición de “Médicos de urgencia hospitalaria” no alcanzan relevancia determinante de la nulidad radical, máxime si, como insistimos, se trataba de profesionales que, tras su formación durante cinco años como MIR en Medicina interna, habían recibido el título ya indicado.

Consideramos que el art. 106 LRJAP-PAC sería de aplicación a todos los casos de los expedientes referenciados en el encabezamiento. Sobre esta cuestión, nos remitimos a la Consideración sexta del voto particular discrepante de los dictámenes emitidos sobre los expedientes 440/10 (dictamen 454/10) y 441/10 (dictamen 455/10).”

Madrid, 30 de diciembre de 2010

