



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **55/2017**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 16 de marzo de 2017, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Secretaria General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 9 de septiembre de 2016, sobre Revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho instada por x, y, z, contra diversos actos correspondientes a las pruebas selectivas para acceso a los cuerpos de Gestión Administrativa, de Técnico, opción Trabajo Social y de Técnicos Auxiliares, opción Sanitaria, convocadas en el año 2007 (expte. **259/16**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fechas comprendidas entre el 30 de junio y el 7 de julio de 2016, tienen entrada en la Administración Pública de la Región de Murcia solicitudes de revisión de oficio formuladas por x, y, z, en relación con la corrección de los ejercicios únicos correspondientes a las fases de oposición de acceso a los siguientes Cuerpos y, en su caso, opciones:

- 1.- Cuerpo de Gestión Administrativa.
- 2.- Cuerpo Técnico, opción Trabajo social.
- 3.- Cuerpo de Técnicos Auxiliares, opción Sanitaria.

Los indicados procesos selectivos fueron convocados por las correspondientes órdenes de 20 de junio de 2007 y fueron publicadas en el Boletín Oficial de la Región de Murcia del 27 de junio.

Estas tres pruebas selectivas son convocadas en aplicación de lo previsto en el Decreto 35/2007, de 30 de marzo, por el que se adoptan medidas excepcionales de estabilidad en el empleo público y de reducción de la temporalidad y que, con carácter complementario al Decreto por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para los ejercicios 2006-2007, oferta diversas plazas, en cumplimiento de lo establecido en el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 30 de marzo de 2007, por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Administración y

Servicios, de 27 de febrero de 2007, cuyo capítulo segundo establece diversas previsiones en materia de oferta de empleo público, medidas excepcionales de estabilidad en el empleo público y reducción de la temporalidad y promoción interna horizontal del personal laboral fijo.

SEGUNDO.- El proceso selectivo para cada una de las convocatorias constaba de un concurso-oposición, en donde la fase de oposición consistía en un ejercicio único tipo test cuya puntuación máxima era de 6 puntos, debiendo alcanzarse 2 puntos para su superación.

Las convocatorias establecían, además, que el desarrollo y corrección del ejercicio único se ajustaría estrictamente a lo dispuesto en la base general sexta de la Orden de 17 de junio de 2004, de la Consejería de Hacienda, por la que se aprueban las bases generales que regirán las convocatorias de pruebas selectivas para acceso a los distintos Cuerpos de la Administración Regional, en cuya virtud:

"El Tribunal calificador estará facultado para la determinación del nivel exigido para la obtención de las calificaciones, de conformidad con el sistema de valoración previsto en cada ejercicio, fijando previamente los criterios en caso de no estar establecido en la propia convocatoria. La puntuación mínima para aprobar cada ejercicio se obtendrá con el 50 % de la puntuación máxima prevista para el mismo.

No obstante, cuando los ejercicios consistan en responder un cuestionario de respuestas alternativas, la puntuación mínima para aprobarlo se obtendrá con el 50% del total de las preguntas correctas, una vez aplicada la fórmula de penalización" (base 6.2.5).

TERCERO.- Según se desprende del expediente, singularmente de la propuesta de resolución que culmina la instrucción del procedimiento revisorio, todos los Tribunales calificadores adoptaron el criterio de que la puntuación mínima para superar el ejercicio, esto es el 2, equivaliera al 33,33% de las respuestas correctas del test una vez descontadas las penalizaciones.

Con este criterio de corrección, se dictaron los siguientes actos administrativos en los que se consigna la calificación obtenida por los aspirantes que realizaron el ejercicio único de la fase de oposición:

1.- Resolución de 9 de enero de 2008 del Tribunal Calificador de las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo de Técnicos Auxiliares, opción Sanitaria, por el turno de medidas excepcionales para la estabilidad en el empleo público aprobando la relación de aspirantes que han realizado el ejercicio único. Consta en ella la hoy actora x con una puntuación de 3,662.

2.- Resolución de 15 de enero de 2008 del Tribunal Calificador de las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo de Gestión Administrativa, por el turno de medidas excepcionales para la estabilidad en el empleo público aprobando la relación de aspirantes que han realizado el ejercicio único. Consta en ella que la ahora actora, x, obtuvo una puntuación de 3,252.

3.- Resolución de 7 de febrero de 2008 del Tribunal Calificador de las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo Técnico, opción Trabajo Social, por el turno de medidas excepcionales para la estabilidad en el empleo público aprobando la relación de aspirantes que han realizado el ejercicio único. Consta en ella que la ahora actora x, obtuvo una puntuación por el turno de minusvalía de 3,313.

CUARTO.- El criterio de corrección adoptado por los órganos selectivos fue sancionado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en diversas sentencias (así, las números 221/13, de 18 de marzo, recurso 623/08; 238/13, de 22 de marzo, recurso 136/09; 209/13, de 18 de marzo, recurso 622/08, y 379/13, de 17 de mayo, recurso 420/08).

No obstante, recurridas en casación dos de tales sentencias recaídas en relación con las pruebas selectivas de acceso al Cuerpo Superior de Administradores -también convocadas en aplicación de los acuerdos y Decretos antes expuestos en materia de oferta y consolidación de empleo temporal-, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sendas sentencias de 29 de junio de 2015 (recurso 438/2014) y 4 de mayo de 2016 (recurso 3221/2014), estima la pretensión actora de anular el criterio de corrección aplicado por el Tribunal calificador, a fin de que el ejercicio se corrija en los términos establecidos en la base 6.2.5, párrafo segundo, de la Orden de 17 de junio de 2004, situando el mínimo para superarlo en el 50% de aciertos netos en el test, de modo que la calificación de 2 sobre 6 que determinaba la superación de la prueba equivaliera al 50% de las respuestas correctas descontando las penalizaciones y no al 33,33% de aquéllas.

QUINTO.- Ejecutada la primera de dichas sentencias del Tribunal Supremo en el sentido de corregir de nuevo el ejercicio conforme al criterio señalado en ellas, pero únicamente respecto de los opositores que recurrieron en casación, se plantearon diversos incidentes de ejecución que fueron resueltos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia en Autos de 19 y 20 de mayo de 2016, concluyendo que la corrección del ejercicio conforme al criterio sentado en la Sentencia debía extenderse a todos los que participaron en las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo Superior de Administradores y no sólo a los que recurrieron en casación.

SEXTO.- Las hoy promotoras de las solicitudes de revisión de oficio reseñadas en el Antecedente Primero de este Dictamen, consideran que la anulación por el Tribunal Supremo del criterio de corrección aplicado por el tribunal calificador de las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo Superior de Administradores acredita la nulidad del criterio de corrección aplicado en las pruebas selectivas en las que ellas tomaron parte, toda vez que el indicado criterio fue idéntico para todas las pruebas de consolidación de empleo convocadas en el año 2007.

Consideran las interesadas, en suma, que la ejecución de las sentencias del Tribunal Supremo que anularon el criterio de corrección aplicado, debería extender sus efectos a los aspirantes de todas aquellas pruebas en las que los respectivos tribunales calificadores aplicaron el mismo criterio ya declarado nulo por parte del Alto Tribunal.

Solicitan, en consecuencia, que previa declaración de nulidad de los actos impugnados, se proceda a corregir de nuevo el ejercicio único conforme al criterio establecido en la convocatoria y determinado por las indicadas sentencias del Tribunal Supremo, situando el mínimo para superarlo en el 50% de aciertos netos, y se establezca, en atención a las puntuaciones resultantes de la suma de las correspondientes a las fases de oposición y de concurso, la relación de quienes han de resultar seleccionados, con reconocimiento de los efectos correspondientes desde el momento en que debieron ser nombrados.

Y es que afirman las actoras que, de haber actuado así la Administración, habrían sido nombradas funcionarias de carrera, de modo que el error de los órganos selectivos en la interpretación de las bases reguladoras de las pruebas selectivas les ha deparado un grave perjuicio.

SÉPTIMO.- Con fecha 22 de julio de 2016, el Servicio de Régimen Jurídico de la Dirección General de la Función Pública y Calidad de los Servicios formula informe-propuesta desestimatorio de las solicitudes de revisión efectuadas, sobre la base de considerar, en síntesis, que: a) no concurre en los actos impugnados ninguna de las causas de nulidad invocadas por las actoras; b) que aun en el supuesto de que se diera alguna de ellas, los límites que a las potestades revisorias de la Administración impone el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) impedirían dejar sin efecto tales actos; y c) que tampoco procede una eventual extensión de efectos de las sentencias del Tribunal Supremo invocadas por las actoras a los procedimientos selectivos en que ellos tomaron parte.

OCTAVO.- El 25 de julio de 2016, el Servicio Jurídico de la Consejería de Hacienda y Administración Pública evacua informe que se limita a compartir los razonamientos y consideraciones jurídicas del informe-propuesta reseñado en el Antecedente Séptimo, dándolas por reproducidas y señalando que procede recabar los preceptivos dictámenes de la Dirección de los Servicios Jurídicos y de este Consejo Jurídico.

NOVENO.- Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se evacua el 20 de julio en términos esencialmente coincidentes con los del informe-propuesta, concluyendo en la improcedencia de estimar las solicitudes de revisión de oficio formuladas.

DÉCIMO.- Consta en el expediente una propuesta de Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública desestimatoria de las solicitudes de revisión de oficio formuladas.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 9 de septiembre de 2016.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102.1 LPAC en relación con el 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al versar sobre la propuesta de resolución de un procedimiento para la declaración de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo.

SEGUNDA.- Régimen jurídico aplicable, legitimación, procedimiento y acto impugnado.

I. Régimen jurídico aplicable.

La LPAC ha sido derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), Disposición derogatoria única, párrafo 2, letra a), la cual, junto a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), configuran una nueva regulación de la revisión de oficio. No obstante, a tenor de lo que establece la Disposición transitoria tercera, letra a) LPACAP, a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior. De hecho, en relación con los procedimientos de revisión de oficio, contiene la indicada Disposición transitoria, en su apartado b) una norma específica que confirma lo señalado con carácter general para el resto de procedimientos en el apartado a), cuando señala que los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor de la Ley se sustanciarán por las normas establecidas en ésta.

Por tanto, la nueva regulación será aplicable a los procedimientos de revisión de oficio iniciados a partir del día 2 de octubre de 2016 (Disposición final séptima LPACAP), no siendo el caso del sometido a Dictamen.

II. Legitimación activa.

La revisión de oficio ha sido instada por tres aspirantes al acceso a la función pública regional en otros tantos Cuerpos funcionariales, frente a aquellos actos de los respectivos órganos selectivos que configuran las diversas relaciones definitivas de aspirantes que, habiendo superado la fase de oposición del procedimiento selectivo, pueden pasar a la fase de concurso, tras la cual y mediante la suma de las puntuaciones obtenidas en ambas fases, se confeccionará la lista ordenada de aspirantes seleccionados y que sirve de base para su ulterior nombramiento como funcionarios de carrera.

En la medida que lo que se pretende es la declaración de nulidad parcial de la indicada resolución para que se proceda a una nueva corrección del ejercicio único de la oposición conforme al criterio ofrecido por las bases y sancionado por el Tribunal Supremo, con la evidente repercusión que ello tiene en las posibilidades de acceder a la condición de funcionario de carrera de las actoras, ha de reconocérseles legitimación activa.

En efecto, todas las actoras obtuvieron en la fase de oposición de sus respectivos procedimientos selectivos calificaciones superiores al 3 sobre una puntuación máxima posible de 6, lo que con arreglo al criterio de corrección aplicado por los distintos Tribunales suponía que habían obtenido al menos un 50% de preguntas netas correctas. No obstante, conforme al indicado criterio de corrección, la puntuación mínima exigida por las bases del procedimiento selectivo para entender superada la fase de oposición (2 puntos) no se obtenía con ese porcentaje, sino con uno inferior (33,33%). Ello determinó que numerosos aspirantes con porcentajes de acierto superiores al 33,33% pero inferiores al 50% superaran la fase de oposición y accedieran a la fase de concurso.

Una vez valorados los méritos correspondientes en la fase de concurso y tras sumar las puntuaciones resultantes

con las calificaciones obtenidas en la de oposición, se elabora la relación de seleccionados con aquellos aspirantes que reúnan las mayores puntuaciones globales y en número coincidente con el de las plazas convocadas.

Cuando las solicitantes afirman que de haberse aplicado el criterio de corrección sancionado por la sentencias del Tribunal Supremo en que basan su pretensión anulatoria habrían resultado nombradas funcionarias, es porque consideran que se vieron desplazadas en la lista ordenada de aspirantes resultante de la suma de las puntuaciones de las dos fases del proceso selectivo por quienes no habiendo obtenido un porcentaje de aciertos netos igual o superior al 50% en la fase de oposición, acreditaron mayores méritos que ellas en la fase de concurso, lo que les permitió obtener una puntuación global mayor y, en consecuencia resultar seleccionados. De haberse aplicado, por el contrario, el criterio que los invocados pronunciamientos judiciales consideran más adecuado a las bases reguladoras del procedimiento selectivo, tales aspirantes con aciertos inferiores al 50% en el ejercicio de oposición no habrían superado la fase de oposición y, en consecuencia, no habrían podido resultar seleccionados, siéndolo en su lugar las hoy actoras.

En cualquier caso, ha de advertirse que este razonamiento no deja de tener una naturaleza meramente hipotética, al menos para este Consejo Jurídico, toda vez que del expediente adjunto a la consulta no se desprende, más allá de las meras afirmaciones de las interesadas, que éstas habrían resultado efectivamente seleccionadas en su momento de haberse aplicado en sus respectivos procedimientos selectivos el criterio de corrección sancionado por el Tribunal Supremo. No obstante, ha de considerarse que la propuesta de resolución contenida en el expediente no pone en duda tal afirmación y que dicha propuesta emana del órgano directivo encargado de la selección de los empleados públicos, para el cual no sería difícil determinar la realidad de tales aseveraciones.

Por ello, este Consejo Jurídico entra a dictaminar sobre el fondo del asunto, sin perjuicio de sugerir al órgano proponente que, con carácter previo a la resolución de este procedimiento de revisión de oficio, proceda a determinar si las afirmaciones vertidas por las actoras, en el sentido de que de aplicarse el criterio de corrección por ellas pretendido habrían resultado seleccionadas, son ciertas. De lo contrario, habría de hacerse constar así en la Orden que ponga fin al procedimiento.

III. Procedimiento.

1. Respecto al procedimiento de revisión seguido, cabe afirmar que, en general, se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 102.2 LPAC, constando la solicitud y emisión del preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, habiéndose solicitado el presente Dictamen.

Se ha omitido, sin embargo, el preceptivo trámite de audiencia. Las normas del procedimiento administrativo común exigen dar audiencia a los interesados, como manifestación de los principios participativo y contradictorio que han de regir dicho procedimiento y que tiene su plasmación constitucional en el artículo 105, c) CE, según el cual la Ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado. El artículo 84 LPAC, por su parte, dispone que instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados.

En el procedimiento sometido a consulta no se otorga el referido trámite ni a las actoras ni a aquellos aspirantes que fueron nombrados funcionarios a resultas de los indicados procedimientos selectivos.

Respecto de las primeras ha de señalarse que el artículo 84.4 LPAC permite prescindir del indicado trámite cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las aducidas por el interesado, circunstancia que concurre en el supuesto sometido a consulta, por lo que puede entrarse a conocer del fondo del asunto.

Respecto de los aspirantes seleccionados, señala la propuesta de resolución que, aun en el caso de estimarse las solicitudes de revisión formuladas, tales funcionarios no verían alterada su situación, toda vez que las sentencias del Tribunal Supremo esgrimidas por los interesados como fundamento de su acción señalan que *"razones de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, además de consideraciones de equidad, justifican esta solución pues no puede desconocerse ni el tiempo transcurrido desde que se celebró el proceso selectivo ni que son del todo ajenos a la causa determinante de la estimación"* del recurso de casación.

En cualquier caso y al margen de las consecuencias que podrían derivarse para los aspirantes en los indicados procesos selectivos de una eventual estimación de la nulidad instada, dada la conclusión que se alcanza en este Dictamen, entiende el Consejo Jurídico que procede entrar a conocer del fondo del asunto.

2. Tampoco se advierte obstáculo a la decisión de acumular los diversos procedimientos de revisión instados por los interesados dado que concurren las circunstancias que, conforme al artículo 73 LPAC, posibilitan su adopción, toda vez que existe identidad sustancial e íntima conexión entre todos ellos. No obstante, carece el expediente de reflejo documental alguno del acuerdo de acumulación que debió adoptarse.

IV. Acto administrativo objeto de impugnación.

Como ya se ha señalado, los actos impugnados son las relaciones definitivas de aspirantes que, habiendo superado la fase de oposición del procedimiento selectivo, pueden pasar a la fase de concurso y que dictan los respectivos tribunales calificadores en cada uno de tales procedimientos.

Como señalamos en nuestros Dictámenes 157/2008 y 147/2010, esta resolución culmina el desarrollo de cada ejercicio y establece el resultado del mismo en orden a la continuación del procedimiento selectivo. Nos encontramos, pues, ante un acto de trámite cualificado de los contemplados por el artículo 107.1 LPAC, en la medida en que decide directa o indirectamente el fondo del asunto, al establecer quién puede continuar adelante en el procedimiento selectivo y quién no.

Es necesario recordar aquí que es doctrina del Consejo de Estado que, a efectos de su revisión, los actos de trámite cualificados resultan equiparables a los actos definitivos. En efecto, en el Dictamen 359/1994, analiza la posibilidad de revisar de oficio la propuesta formulada por la Comisión Calificadora para la provisión de una plaza de Catedrático de Escuela Universitaria, convocada por la Universidad de Sevilla. El proceso selectivo se encontraba suspendido ante la denuncia efectuada por uno de los miembros de dicha Comisión. El Alto Órgano Consultivo señala al respecto que *"se pretende, en definitiva, revisar de oficio un acto de trámite cualificado, como*

es la propuesta de resolución en un proceso selectivo, posibilidad ésta viable jurídicamente, como reconoce, por ejemplo, desde un punto de vista general, el artículo 20.2 del Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado". La referencia normativa actualizada a día de hoy habría de hacerse al artículo 14.1 del Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, en cuya virtud las resoluciones de los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección vinculan a la Administración, sin perjuicio de que ésta, en su caso, pueda proceder a su revisión, conforme a lo previsto en los artículos 102 y siguientes LPAC.

Sin perjuicio de lo hasta aquí señalado en cuanto al carácter revisable de los actos impugnados, cabe hacer las siguientes precisiones:

a) Respecto de x, ha de señalarse que, según sus propias manifestaciones, ya presentó en su día un recurso de alzada frente a la resolución del Tribunal calificador de las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo de Gestión en la que se establecía la relación de aspirantes que habían realizado el ejercicio único de las pruebas con expresión de sus calificaciones, con una pretensión similar a la que ahora formula, que fue desestimado por Orden de 25 de abril de 2008 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública. Asimismo, afirma que reiteró su pretensión en fecha 28 de octubre de 2015, obteniendo igual resultado desestimatorio, por Orden de la misma Consejería de 18 de noviembre de 2015.

No consta en el expediente remitido junto con la consulta acreditación documental alguna acerca de tales actuaciones y actos administrativos. En cualquier caso, ha de advertirse que de conformidad con el artículo 102.1 LPAC el objeto de la revisión de oficio habrá de ser actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o contra los que no se haya recurrido en plazo, características éstas que no cabe predicar de la resolución del tribunal calificador ya recurrida. En consecuencia, la revisión de oficio instada por x no cabe frente a dicho acto, aunque sí sería posible frente a la Orden que resuelve el recurso de alzada así como frente a la que desestima su pretensión en 2015. Comoquiera que x no llega a identificar en su escrito de solicitud el acto administrativo frente al que dirige su acción, sino que se limita a pedir que se revisen de oficio las calificaciones obtenidas en el ejercicio, no existe obstáculo para considerar que su impugnación alcanza a los actos que se han considerado atacables por la vía de revisión de oficio.

b) x, además de la resolución del tribunal calificador que aprueba la relación de aspirantes que han realizado el ejercicio, también impugna aquella otra por la que se declara qué aspirantes han superado las pruebas selectivas y resultan seleccionados, así como la Orden de nombramiento de aquéllos como funcionarios.

Si bien una eventual estimación de la revisión de oficio respecto de la primera de las resoluciones ya determinaría la nulidad parcial de las otras dos en la medida en que dependen de la primera, cuya invalidez se les transmitiría (art. 64 LPAC, interpretado a *contrario sensu*), lo cierto es que estas últimas reúnen a su vez las características exigidas por la Ley para poder ser impugnadas por medio de la revisión de oficio.

TERCERA.- De las causas de nulidad invocadas: las letras a), e) y f) del artículo 62.1 LPAC.

I. Como es bien sabido, el artículo 102 LPAC regula la revisión de oficio como institución jurídica a través de la

cual se habilita a las Administraciones Públicas para declarar la nulidad de aquellos de sus actos que estén incursos en alguno de los tasados motivos de invalidez que establece el artículo 62.1 de la misma Ley.

La revisión, por su propio perfil institucional, no puede ser utilizada como una vía subsidiaria a la de los recursos administrativos ordinarios alegando los mismos vicios que hubieran podido ser enjuiciados en tales recursos, pues, como insiste la doctrina, sólo son relevantes los de especial gravedad recogidos en la ley, en este caso, en el artículo 62 LPAC.

El carácter extraordinario ("*cauce de utilización excepcional y de carácter limitado*", según el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.380/98, de 8 de octubre) que es propio de los procedimientos de revisión de oficio, impone una interpretación estricta de las normas reguladoras de esta vía impugnatoria y de las causas de nulidad que habilitan su uso, pues en definitiva se trata de abrir un nuevo debate fuera de los cauces ordinarios.

Atendido tan extraordinario carácter, este Dictamen se contrae de forma estricta a la determinación de si en el supuesto sometido a consulta concurren tales causas, sin efectuar una valoración de la actuación administrativa desarrollada, más allá de lo que sea estrictamente necesario para determinar si se dan las circunstancias legales habilitantes para declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados.

II. La nulidad al amparo del artículo 62.1, letra e) LPAC: haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Dos de las actoras invocan de forma expresa el apartado 62.1, letra e) LPAC como causa de nulidad en la que estarían incursos los actos de los respectivos tribunales calificadores ahora impugnados, si bien no se detienen en justificar en qué medida la actuación impugnada supone haber prescindido total y absolutamente del procedimiento.

En este punto, ha de recordarse la constante doctrina según la cual para que opere esta causa de nulidad, el empleo de los dos adverbios que utiliza el artículo 62.1, letra e) LPAC "total y absolutamente" recalca "*la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total*" (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009). Y es que, la interpretación estricta que demanda esta causa de nulidad, ha de ser puesta en relación con la función de garantía inherente a la exigencia de que, en el ejercicio de las potestades y competencias administrativas se actúe a través de un procedimiento, a la vez garantía de los ciudadanos y del interés público. Por ello, la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no debe examinarse desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva, en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites, como que no se hayan respetado los principios o reglas esenciales que informan el procedimiento (Dictamen del Consejo de Estado 2183/2003).

Comparte el Consejo Jurídico el criterio reflejado en la propuesta de resolución de que el acto impugnado no incurre en la causa de nulidad alegada, toda vez que la incorrecta interpretación de las bases en la determinación del criterio de corrección del ejercicio no conlleva una infracción de norma procedimental o rituarial alguna, sino de carácter sustantivo. Las resoluciones de los tribunales calificadores impugnadas se dictaron conforme al procedimiento establecido en las convocatorias y en las bases aplicables, aun aplicando un criterio de corrección no ajustado a ellas, en razón a lo cual no puede afirmarse que se haya apartado del procedimiento legalmente

establecido, por lo que esta alegación ha de ser desestimada.

III. Actos que lesionan los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional: la causa de nulidad del artículo 62.1, letra a) LPAC.

Dos de las solicitantes de revisión invocan expresamente la causa de nulidad establecida en el artículo 62.1, a) LPAC, e incluso la que no lo hace de forma explícita sí que de forma tácita pretende incardinar en este precepto el vicio que denuncia en la actuación del tribunal calificador. Y es que todas las actoras afirman que se les ha otorgado un trato discriminatorio respecto de quienes participaron en el procedimiento selectivo para el acceso al Cuerpo Superior de Administradores, quienes sí vieron modificado su criterio de corrección en los términos que ahora solicitan las instantes que se les aplique a ellas. Entienden éstas que, en la medida en que todos los tribunales calificadores encargados del desarrollo de los procesos selectivos convocados al amparo del Decreto 35/2007 aplicaron el mismo criterio de corrección, la declaración de dicho criterio como nulo para uno de esos procesos selectivos, debe llevar a declarar su nulidad en todos los que lo aplicaron y proceder a valorar el ejercicio conforme al criterio de corrección que el Tribunal Supremo consideró más ajustado a las bases.

De esta argumentación y de la cita de numerosos pronunciamientos judiciales en los que intentan apoyar su pretensión, que se basan en la apreciación del alcance del principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas, cabe advertir una invocación, ora expresa ora tácita, de la vulneración de dicho principio, consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, si no se actuara como se pretende, es decir, anulando la corrección en su día efectuada por los diferentes tribunales calificadores y volver a valorar el ejercicio aplicando el mismo criterio, una vez corregido, a todos los procesos selectivos.

La ubicación de este artículo 23.2 en el Título I, Capítulo II, Sección 1ª de la Ley Fundamental lo hace susceptible de amparo constitucional, de conformidad con el artículo 53.2 CE y, en consecuencia, su eventual vulneración sería determinante de la nulidad del acto cuya revisión se solicita, en virtud de lo establecido en el artículo 62.1, letra a) LPAC.

El referido precepto establece que los ciudadanos *"tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes"*. Si bien, en un primer momento, la doctrina constitucional fue algo vacilante a la hora de establecer el ámbito de este precepto y determinar si tenían cabida en él las funciones públicas de carácter profesional propias de los empleados públicos o si únicamente era aplicable al acceso a los cargos de representación política, el Alto Tribunal se decantó por entender que este derecho fundamental se proyecta sobre ambos tipos de función, aunque, en relación a los empleados públicos, únicamente es predicable de aquellos que mantienen con la Administración una relación estatutaria o funcionarial, no de carácter contractual laboral. Así, la STC 86/2004, señala expresamente que *"las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el artículo 23.2 CE son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del artículo 103,3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración mediante una relación de servicios de carácter estatutario"*.

Este derecho ha sido calificado por la doctrina constitucional como de configuración legal y de carácter puramente reaccional, pues el artículo 23.2 CE no otorga el derecho a desempeñar determinadas funciones públicas, sino únicamente permite impugnar ante la jurisdicción ordinaria y, en última instancia, ante el Tribunal Constitucional, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (SSTC 161/2001, 137/2004, ó 30/2008, entre otras). La doctrina constitucional señala, asimismo, que este precepto no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, de

forma que sólo cuando la infracción de las normas o bases del proceso selectivo implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el artículo 23.2 CE (ATC 16/2010). Nos encontramos, por tanto, ante un derecho de igualdad *lex specialis*, respecto del principio de igualdad consagrado por el artículo 14 CE, cuyo contenido puede sintetizarse en el siguiente:

a) Predeterminación normativa del procedimiento de acceso a la función pública.

b) Igualdad en la Ley, de forma que las normas rectoras de los procedimientos de acceso aseguren una situación jurídica de igualdad de todos los ciudadanos, prohibiendo el establecimiento de requisitos discriminatorios o referencias individualizadas o *ad personam* y no estrictamente referidos a los principios de mérito y capacidad.

c) Igualdad en la aplicación de la Ley, de manera que las normas que regulan las pruebas selectivas se apliquen por igual a todos los interesados.

El derecho proclamado en el artículo 23.2 CE incorpora también el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley, de tal modo que, una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento. En todos los momentos del proceso selectivo, la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual. Las condiciones de igualdad a las que se refiere el artículo 23.2 CE se proyectan, por tanto, no sólo a las propias leyes sino también a su aplicación e interpretación (STC 10/1998, de 13 de enero).

En este sentido, *"si bien el derecho fundamental del artículo 23.2 ha de conectarse ineludiblemente con la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases que regulan el procedimiento de acceso a la función pública (...) el artículo 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 CE, lo que de suyo exige, como asimismo se afirma, la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad. En otros términos, la conexión existente entre el artículo 23.2 CE y la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases no puede llevarse al extremo de que toda vulneración de las mismas (que normalmente supondrá una vulneración de los principios de mérito y capacidad que a través de las mismas se actúan) implique infracción del derecho fundamental, lo que sólo existirá cuando se produzca una diferencia de trato o, como en otros casos se ha sostenido, una quiebra relevante del procedimiento, que haría arbitraria la decisión que en esas condiciones se dictase"* (STC 73/1998, FJ 3º, que reitera la doctrina contenida en la número 115/1996).

Centrándonos en esta tercera manifestación del derecho fundamental estudiado, la igualdad en la aplicación de la Ley ha de interpretarse en el sentido de otorgar el mismo trato a todos los participantes durante el desarrollo del procedimiento selectivo. Del mismo modo, no toda vulneración de las bases del procedimiento selectivo constituye una vulneración del derecho de acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, sino sólo cuando esa violación de las bases implique, a su vez, una quiebra de la igualdad de los participantes, porque exista una injustificada diferencia de trato entre éstos.

IV. La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto sometido a consulta exige determinar dos extremos diferentes, aunque relacionados entre sí. El primero de ellos sería establecer si la actuación de los respectivos tribunales calificadores, cuando aplicaron el criterio de corrección erróneo, puede calificarse por sí misma de nula de pleno derecho en tanto que contraria al artículo 23.2 CE. Y, en segundo lugar, y si se alcanza la conclusión de que dicha actuación no fue nula, habrá de determinarse si la no extensión de los efectos de las sentencias del Tribunal Supremo a los procesos selectivos de las hoy actoras, puede considerarse como una actuación en sí misma discriminatoria y contraria al principio de igualdad.

1. El error en la interpretación de las bases y la aplicación por los respectivos tribunales calificadores de un criterio de corrección erróneo no integra el vicio de nulidad contemplado en el artículo 62.1, letra a) LPAC.

Ya hemos señalado cómo la doctrina constitucional sostiene que cualquier contravención de las bases reguladoras del proceso selectivo no determina por sí misma una vulneración del principio de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas. Así, la STC 10/1998, afirma que *"El sistema de calificación seguido y que penalizó la puntuación de las respuestas erróneas del segundo ejercicio -dice la Sentencia-, no se ajustó a los criterios definitivamente establecidos, es decir, los fijados por el Tribunal calificador número 1 en su Circular de 26 de mayo de 1992. Se produjo, pues, una infracción de las normas reguladoras de la oposición, pero no una violación del artículo 23.2 de la Constitución, en la medida en que el ilegal baremo aplicado afectó a todos los aspirantes por igual"*.

Del mismo modo, la STC 107/2003, de 2 de junio, dispone que la fijación por el tribunal calificador de un umbral mínimo de respuestas para entender superado el ejercicio, aun siendo contraria a las bases del procedimiento selectivo, no conlleva por sí misma una vulneración del artículo 23.2 CE, afirmando el Alto Tribunal en dicha sentencia que *"el derecho fundamental garantizado por el art. 23.2 CE no se extiende a la legalidad como tal en el desarrollo de todo el proceso selectivo, sino que es, precisamente, un derecho a la igualdad en las condiciones de acceso a la función pública, lo que requiere, como en cualquier caso, la aportación de un término idóneo de comparación. No es suficiente, pues, para alcanzar la conclusión de que el art. 23.2 CE ha sido vulnerado el que se haya interpretado una determinada regla de acceso en un sentido que ha resultado favorable para un determinado opositor. Por el contrario, "para que la desigualdad pueda ser apreciada es necesario que dicha interpretación no hubiera sido extendida a los demás opositores"*. Así también, la STC 240/2000, cuando afirma que *"el Tribunal calificador utilizó un criterio de calificación distinto, por considerar que las bases exigían 37 puntos y no 30 para superar la prueba. Pero de ello no cabe deducir que incurriera en discriminación, pues aplicó el mismo criterio a todos los concursantes"*.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado sostiene que *"la inaplicación por la Administración de una de las bases del concurso a todos los aspirantes por igual, comportará indudablemente una infracción de la legalidad susceptible de impugnación ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, pero no integra una quiebra de la igualdad en el acceso que garantiza el artículo 23.2 CE, pues de esa infracción de la legalidad no se deriva trato desigual alguno, ni existe término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad. En consecuencia el artículo 23.2 no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que solo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, la vulneración de la igualdad de los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el artículo 23.2"* (Dictamen 810/1999).

Y ese término de comparación al que alude la jurisprudencia y la doctrina consultiva ha de ser necesariamente el de los opositores o aspirantes que participan en el mismo proceso selectivo, no en pruebas y procedimientos diferentes, pues en este último supuesto, el Consejo de Estado apunta que *"hay que subrayar la independencia de los respectivos procedimientos selectivos, cada uno con sus propias convocatorias y bases (sin perjuicio de que*

éstas fueran iguales en el punto que el interesado discute) y con sus propios órganos de selección, informe y decisión" (Dictamen 17/2005). A dicha conclusión conduce también la consideración, puesta de manifiesto por la doctrina constitucional, de que la razón de ser del derecho fundamental que proclama el artículo 23.2 CE es la de garantizar la igualdad de oportunidades en un aspecto tan sensible y decisivo como es el acceso al ejercicio de responsabilidades públicas. Y esa igualdad de oportunidades adquiere relevancia cuando los posibles aspirantes compiten entre sí por el acceso a un determinado puesto o cargo público, convirtiéndose la concurrencia en elemento decisivo para apreciar la existencia o no de un trato discriminatorio cuando se beneficia a uno en defecto de otro.

Cabe entender, entonces, que cuando de la valoración de un ejercicio de oposición o de los méritos de un concurso se trata, la vulneración del artículo 23.2 CE se produce cuando en el seno de un mismo procedimiento selectivo, el órgano calificador aplica criterios de corrección diferentes, generando con ello un trato discriminatorio para algunos aspirantes que se ven perjudicados por una decisión del órgano selectivo. El supuesto paradigmático es el que se produce cuando se cambia el criterio de calificación como consecuencia de un recurso y el criterio corregido se aplica únicamente a los ejercicios de los recurrentes y no al resto, supuesto al que se refieren las sentencias invocadas por los ahora actores en sus solicitudes de revisión, pues en tal caso se aplican dos criterios diferentes por un mismo órgano selectivo, que resuelve el procedimiento -decidiendo la selección de unos aspirantes y la exclusión de otros- no con un criterio uniforme, sino con parámetros de evaluación diferentes, otorgando un trato desigual a quienes se encuentran en una situación idéntica.

Por el contrario, la aplicación de criterios de corrección diversos en procesos selectivos diferentes e independientes entre sí -aun cuando compartan sus bases reguladoras y sus convocatorias sean sustancialmente similares-, si bien puede suponer un trato desigual entre los aspirantes a acceder a los distintos Cuerpos funcionariales de la Administración convocante, no conlleva necesariamente un trato discriminatorio contrario al artículo 23.2 CE y atentatorio contra el principal bien jurídico protegido por dicho precepto -la igualdad de oportunidades en el acceso a las funciones públicas-, pues la aplicación de un determinado criterio de calificación por parte del tribunal calificador de un procedimiento en el que un concreto aspirante no participa, en nada puede beneficiarle ni perjudicarlo.

Cierto es que, de haber declarado el Tribunal Supremo que el criterio aplicado en el procedimiento selectivo del Cuerpo Superior de Administradores conllevaba una vulneración del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, tal pronunciamiento habría debido ser aceptado por la Administración regional y considerar que la actuación de todos los tribunales calificadores de las pruebas de consolidación de empleo que hubieran aplicado aquel erróneo criterio de calificación estarían incursas en nulidad, viniendo obligada a proceder a su revisión (vid en sentido similar el Dictamen del Consejo de Estado recaído en el expediente 53963, de 29 de noviembre de 1989). Mas ha de repararse en que las SSTs de constante referencia, no declaran la nulidad de pleno derecho del aludido criterio, sino que lo anulan en tanto que contrario a las bases reguladoras del procedimiento selectivo, lo que, como hemos indicado y de conformidad con la doctrina constitucional antes expuesta, no cabe identificar con la lesión del indicado derecho, excluyendo así la concurrencia de causa de nulidad.

2. Y es que, de hecho, cuando las actoras solicitan que se revise la calificación del ejercicio único de las pruebas en las que participaron aplicando el criterio fijado por las sentencias del Tribunal Supremo en cuanto al porcentaje neto de respuestas correctas necesario para entender superada la fase de oposición del procedimiento selectivo convocado para el acceso al Cuerpo Superior de Administradores, lo que están solicitando es una extensión de los efectos de dichas sentencias.

Como señala el Consejo de Estado en su Dictamen 19/2016, en un supuesto que guarda ciertas similitudes con

el ahora sometido a consulta:

"En realidad, bajo la alegación de un supuesto de nulidad de pleno derecho, subyace en este caso una pretensión de la interesada de hacer extensivos a su situación los efectos de una sentencia dictada en un proceso en el que no ha sido parte.

Ocorre, sin embargo, que tal extensión únicamente puede tener lugar en los supuestos del artículo 110 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que permite que, en materia tributaria, de personal al servicio de la Administración pública y de unidad de mercado, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas puedan extenderse a otras, en ejecución de sentencia, cuando concurren una serie de circunstancias, que son, en esencia, que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo, que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente por razón del territorio para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada y que se solicite la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de esta a quienes fueron parte en el proceso.

En su apartado 5, este precepto establece que el incidente de extensión deberá desestimarse, entre otros supuestos, cuando "para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso- administrativo", circunstancia esta que impediría en todo caso una eventual extensión a la interesada del contenido del fallo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al no haber impugnado en vía de recurso la resolución cuya revisión de oficio solicita (en idéntico sentido, dictamen nº 794/2015, de 15 de octubre, en relación con un supuesto similar)".

En el supuesto ahora sometido a consulta, las actoras consintieron y no recurrieron (o, en el caso de x, no agotaron las vías de recurso) la resolución de sus respectivos tribunales calificadores por la que se declaraba que los aspirantes con un 33,33% de respuestas netas acertadas del ejercicio superaban la fase de oposición, resoluciones que, en consecuencia, adquirieron firmeza.

Del mismo modo, como indican los Autos de 19 y 20 de mayo de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que resuelven sendos incidentes de ejecución en relación con las sentencias del Tribunal Supremo de constante cita, que afectaron al procedimiento selectivo para acceso al Cuerpo Superior de Administradores, *"la sentencia de casación, (...) no recoge la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada, sino que acuerda la anulación de la actuación administrativa impugnada, a fin de que se corrija nuevamente el ejercicio único de la fase de oposición (...) Es decir, ordena la retroacción del procedimiento selectivo a fin de que se corrija el ejercicio, y una vez efectuada la calificación del mismo, deberán repetirse todos los actos administrativos posteriores; de tal manera que una vez efectuada la calificación de ese ejercicio, procederá establecer, dice textualmente, en razón de las puntuaciones finales correspondientes de las fases de oposición y de concurso, la relación de quienes hayan superado el proceso selectivo y, por su orden, tengan derecho a la plaza, y a estos es a quienes se reconocerán los efectos correspondientes de sus nombramientos"*.

En consecuencia, tampoco concurriría el requisito consistente en que las referidas sentencias del Tribunal Supremo hubieran *"reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas"*, como exige el artículo 110.1 LJCA para posibilitar la extensión de efectos. De igual forma tampoco cabe considerar que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que la de los recurrentes en casación y que obtuvieron

las sentencias del Tribunal Supremo favorables a sus intereses, pues unos y otros participaron en procedimientos selectivos diferentes e independientes entre sí.

No siendo posible la extensión de efectos por las razones indicadas, ha de estarse al artículo 72.2 LJCA, como también invoca alguna de las actoras en su solicitud de revisión. Sin embargo, lejos de amparar su pretensión el indicado precepto legal obliga a desestimarla, pues lo que éste dispone, en lo que aquí interesa, es que *"la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas"*. En consecuencia, si lo que anula el Tribunal Supremo es meramente un acto singular de un órgano selectivo concreto -el tribunal de las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo Superior de Administradores-, las personas afectadas por dicha anulación sólo serán quienes se vieron afectadas por el acto anulado, es decir, los aspirantes que participaron en la convocatoria para acceder al indicado Cuerpo. Adviértase que, aunque la *ratio decidendi* de las indicadas sentencias fuera considerar que el órgano selectivo efectuó una interpretación errónea de las bases y aunque dicha interpretación también fue la aplicada por los restantes tribunales de los procesos de consolidación de empleo temporal en los que participaron los hoy actores, las sentencias dictadas en casación, como también los ulteriores autos de ejecución de las mismas, limitan sus efectos a los opositores del Cuerpo Superior de Administradores, que son los únicos que pudieron verse afectados o perjudicados por el criterio de corrección aplicado.

La errónea interpretación de las bases reguladoras de la fase de oposición de las pruebas selectivas en las que participaron las hoy actoras, pudo hacerse valer en su momento mediante las vías de impugnación ordinarias establecidas por el ordenamiento; pero en la medida en que, como hemos señalado, en dicha interpretación no puede advertirse la existencia de causa de nulidad alguna, no cabe ahora, una vez firmes las resoluciones que se pretende impugnar, su invocación para fundamentar la revisión de oficio de unas actuaciones que, si bien fueron contrarias al ordenamiento y en consecuencia estarían incursas en una causa de anulabilidad, no generaron un trato discriminatorio para los aspirantes que participaron en las respectivas pruebas susceptible de integrar la causa de nulidad del artículo 62.1, letra a) LPAC, en relación con una eventual vulneración del derecho proclamado por el artículo 23.2 CE, toda vez que en cada una de dichas pruebas, se aplicó el mismo criterio de corrección a todos los aspirantes.

V. El artículo 62.1, letra f) LPAC: acto expreso o presunto contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

Para una de las actoras (x), cuando el tribunal calificador de las pruebas en las que ella participó declara que dos aspirantes que, a la postre, resultarían seleccionadas y nombradas funcionarias de carrera, habían superado el ejercicio único de la fase de oposición, aun cuando no habían alcanzado el mínimo de 3 puntos equivalente al 50% de las respuestas netas correctas, está reconociendo un derecho a quien carecía de los requisitos esenciales para ello. Entiende que tales aspirantes habrían sido nombradas funcionarias sin haber superado la fase de oposición.

La doctrina de los órganos consultivos, y en particular la del Consejo de Estado, que antes incluso de su positivización en el artículo 62.1 LPAC ya abogó en sus Dictámenes por la incorporación de este motivo o circunstancia al tasado grupo de las causas de nulidad de pleno derecho, propugna una interpretación del mismo especialmente estricta en orden a evitar el riesgo de que una interpretación amplia -dada su potencial *"vis expansiva"*- pudiera provocar una desnaturalización del régimen mismo de la invalidez de los actos administrativos (por todos, Dictamen 2407/2002).

Esta causa de nulidad tiene su centro de gravedad en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales

del acto, cuestión ésta que sólo puede resolverse caso por caso, como ha manifestado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, Dictamen núm. 118/11).

Profundizando en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales de los que debe carecer el afectado para la aplicación de tal supuesto, la doctrina del Consejo de Estado ha señalado que *"para que el vicio se produzca no resulta suficiente una vulneración objetiva del ordenamiento, con independencia de la gravedad que revista, sino que es preciso que esta vulneración consista precisamente en la carencia en la persona que adquiere una facultad o un derecho de un requisito esencial de carácter subjetivo"* (Dictamen del Consejo de Estado núm. 1530/2002).

Siguiendo la línea doctrinal del Consejo de Estado, en el Dictamen 200/2002 de este Consejo Jurídico expresamos que aquel Alto Órgano Consultivo entiende que, a estos efectos, esencialidad es *"lo que verdaderamente es inherente, estructural del acto"* (Dictamen de 25 de marzo de 1999). Y, ahondando en su exégesis, afirma que *"la noción de requisitos esenciales para la adquisición de derechos o facultades a que se refiere el precepto legal incluye, de una parte, los presupuestos de los actos y, de otra los requisitos de los actos. Presupuestos son las circunstancias de orden fáctico o jurídico que, siendo independientes, anteriores y externos al acto mismo, deben concurrir para que también sea posible y eficaz. Sin los presupuestos legales, el acto carece de sustento y fundamento de razón de ser, precisamente por faltar aquéllos"* (Dictamen de 4 de noviembre de 1999).

La Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, en su Dictamen 11/2009, señala que ello ocurre cuando el contenido de la resolución que ampara nuevas situaciones o derechos se fundamenta en hechos o requisitos inexistentes o inadecuados para dar lugar a esta adquisición de posiciones, y que la esencialidad de los requisitos se encuentra en la función determinante para dar lugar al nacimiento de los derechos o de las situaciones mencionadas, teniendo presentes los supuestos de hecho que, en cada caso, tienen que concurrir necesariamente en el sujeto, de acuerdo con la normativa aplicable.

Quiere decirse, pues, que lo decisivo en la interpretación del artículo 62.1.f) LPAC es la trascendencia del presupuesto o requisito, fáctico o jurídico, exigido por la norma sectorial aplicable, lo que exigirá realizar un *"juicio de relevancia"* del mismo, tomando como elementos de dicho juicio el contexto jurídico en que el acto se enmarca y atendiendo a la finalidad del requisito en cuestión y su incidencia en la finalidad del acto en sí. Ello requerirá poner en relación la trascendencia de la carencia del requisito con el fin público perseguido con su exigencia.

Desde esta perspectiva, es cierto que en ocasiones se ha considerado que alcanzar la puntuación mínima establecida para la superación de un determinado ejercicio de oposición es un requisito esencial cuya ausencia en un aspirante puede determinar la nulidad de su nombramiento (así, Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 67/2008) y ello porque se considera que dicha puntuación representa el *mínimum* de aptitud necesaria para el desempeño de las funciones.

No obstante, en el supuesto sometido a consulta, la cuestión nuclear no radica en si para continuar en el procedimiento selectivo y resultar finalmente seleccionado y nombrado como funcionario había de superarse el ejercicio de la fase de oposición, lo que está fuera de toda duda, pues así lo establecen las bases tanto generales como específicas reguladoras de la selección. La cuestión aquí deriva de las dudas interpretativas surgidas a la hora de integrar las bases específicas de la convocatoria con las generales en cuanto a la determinación de cómo se alcanzaba esa puntuación mínima, aplicando el tribunal calificador un criterio que, si bien inicialmente fue sancionado por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, a la postre sería anulado por el Tribunal Supremo.

Desde luego que no procede discutir ahora si el criterio inicialmente aplicado por el tribunal calificador era adecuado o no a las normas reguladoras del procedimiento selectivo, pues ya existen dos pronunciamientos firmes del Tribunal Supremo que resuelven la cuestión, pero ello no impide considerar que la misma disparidad de criterios interpretativos acerca de lo que disponían las bases sobre cuál era el porcentaje mínimo necesario para aprobar el ejercicio y la razonabilidad de ambas interpretaciones permiten cuestionarse la esencialidad del requisito de obtener un 50% de respuestas acertadas netas para entender superado el ejercicio de la oposición.

En efecto, las pruebas selectivas en las que participaron las actoras se encuadran en un programa de medidas excepcionales de estabilidad en el empleo público y reducción de la temporalidad, que nace del Acuerdo de 27 de febrero de 2007, fruto de la negociación colectiva y en el que se afirma la necesidad de llevar a efecto procesos selectivos específicos para favorecer la estabilidad en el empleo y reducir la temporalidad, finalidad ésta que también está presente en el Decreto 35/2007, de 30 de marzo, por el que se adoptan medidas excepcionales de estabilidad en el empleo público y reducción de la temporalidad, que oferta las plazas que serán a la postre convocadas. Y es en el referido Acuerdo sindical en el que se contiene la previsión de que la puntuación máxima del ejercicio será de 6 puntos, debiendo alcanzarse 2 puntos para su superación (artículo 7.2).

Esta previsión singular y específica de este tipo de procedimientos, cuya finalidad es la consolidación del empleo temporal, pone de manifiesto que en ellos la aptitud mínima para el desarrollo de las funciones propias del Cuerpo al que se pretende acceder no equivale necesariamente a la mitad de la puntuación máxima del ejercicio, como es común en las pruebas selectivas ordinarias, probablemente por considerar que en la consolidación de empleo temporal sus destinatarios naturales (sin perjuicio de que se trate de pruebas abiertas y no restringidas a quien ya tiene la condición de empleado público temporal) son quienes ya desempeñan o han desempeñado tales funciones para la Administración mediante vínculos laborales o estatutarios de carácter temporal. Dicha circunstancia posibilita que la demostración del nivel de aptitud mínimo para el desempeño se relativice en este tipo de pruebas, de modo que no cabe elevar a la consideración de requisito esencial la superación de la oposición con un 50% de respuestas netas acertadas, aunque sí constituya un requisito necesario, por así disponerlo las bases generales de pruebas selectivas, conforme apreció el Tribunal Supremo para anular el criterio interpretativo aplicado.

De hecho, algún Consejo Consultivo afirma que *"la asignación de una concreta puntuación -hipotéticamente errónea- no parece que pudiera considerarse siempre y en todo caso como requisito esencial. Sí podría llegar a tener este carácter cuando la puntuación obtenida fuese claramente incorrecta por haberse adquirido careciendo manifiestamente de determinados méritos (por ejemplo, si se hubieran computado campañas inexistentes, o cursos u otros méritos en virtud de certificados falsos, etc.). Mas no lo tendría si la asignación de una nueva puntuación, o la corrección de la asignada, lo fuera a partir de la utilización de criterios tal vez acertados, pero que respondieran a interpretaciones de la norma o de su aplicación, susceptibles de diversas opiniones o resultantes de exégesis complicadas propensas a la disparidad de soluciones interpretativas"* (Dictamen 695/2006 del Consejo Consultivo de Castilla y León).

Asume el dictamen citado que, junto a la esencialidad de la falta del requisito, o como peculiar manifestación de ella, la nulidad sólo procederá cuando la ausencia del requisito sea evidente o manifiesta, como por otra parte ya resalta la doctrina del Consejo de Estado, al afirmar que *"el legislador ha querido acotar este supuesto de nulidad radical a aquellos casos extremos en los que no simplemente se discuta sobre la eventual ilegalidad de un acto administrativo, sino que además se aprecie falta grave y notoria del presupuesto indispensable para adquirir lo que el acto indebidamente reconoció u otorgó"* (Dictamen 3491/1999).

En cualquier caso, cabe recordar que, como dijimos en nuestro Dictamen 284/2012, aunque no es posible determinar *a priori* y para todos los casos cuándo debe entenderse que un requisito es esencial (Dictamen del Consejo de Estado 402/2010), en el ámbito del acceso a la función pública los requisitos que, además de necesarios, suelen calificarse de esenciales a efectos de declarar la nulidad del acto adquisitivo de derechos son aquellos de orden subjetivo, anteriores y externos al nombramiento en sí mismo considerado y que afectan a la aptitud o capacidad personal y profesional para el desempeño de la función, siendo clásica en la jurisprudencia y en la doctrina de los órganos consultivos (por todos, Dictamen del Consejo de Estado 351/1996) la referencia al requisito de titulación y habilitación profesional (STSJ Cataluña 421/2016, de 14 de junio) o a las condiciones psicofísicas de los aspirantes (STSJ Castilla La Mancha, 72/2000, de 20 de enero).

De hecho, las propias sentencias del Tribunal Supremo que rectifican el criterio de corrección aplicado en el procedimiento selectivo de acceso al Cuerpo Superior de Administradores, en la medida en que mantienen los efectos de superación del procedimiento selectivo y la condición funcional de quienes fueron nombrados en su día aun cuando no habían alcanzado el mínimo del 50% de respuestas acertadas, revelan que no consideran que este requisito fuera esencial en tanto que afectara a la aptitud mínima para el acceso al Cuerpo, pues de serlo difícilmente habrían podido mantener en el desempeño de funciones públicas a los en su día nombrados funcionarios aun sin superar el indicado umbral de respuestas.

CUARTA.- Los límites a las potestades de revisión: el artículo 106 LPAC.

Comoquiera que la propuesta de resolución sostiene que la revisión de oficio de los actos administrativos impugnados se ve impedida por la apreciación de las circunstancias que conforme al artículo 106 LPAC constituyen límites a la potestad de la Administración de dejar sin efecto sus propios actos, procede efectuar la siguiente consideración para descartar que tales límites sean aplicables al supuesto sometido a consulta.

En nuestro Dictamen 302/2013, recordábamos la doctrina sentada al efecto por otros órganos jurisprudenciales y consultivos en los siguientes términos:

"En efecto, como señala el Consejo Consultivo de Andalucía en Dictamen 245/2010:

"El artículo 106 LPAC no es una norma interpretativa para restringir la apreciación de las causas de nulidad, sino una norma dirigida a limitar una potestad administrativa conectada con la causas de nulidad; potestad bien singular y exorbitante porque supone la de remoción de actos firmes por la propia Administración revisora (...) los límites a la potestad revisora no ignoran la existencia de los efectos de la nulidad, sino que pretenden atemperarlos. De ahí la referencia a la ponderación de las circunstancias concretas, y a estándares abstractos como la buena fe o la equidad, típicos de un sistema que atempera las consecuencias rigurosas en la aplicación de la Ley, cuando concurran motivos suficientes.

En tercer lugar, es claro que el artículo 106 de la Ley 30/1992, exige también una interpretación mesurada, pues en caso contrario acabaría convirtiéndose en un portillo de escape a las consecuencias de la nulidad, máxime si se considera que el legislador ha de sancionar con nulidad sólo las infracciones de invalidez extremadamente graves y el intérprete ha de aplicarlas, a su vez, prudentemente.

Ahora bien, no es menos cierto que el legislador ha consagrado en esta materia una solución contraria a la efectividad de la nulidad, y que al conceder esa posibilidad (sin perjuicio de la insanabilidad de la nulidad), y con prescripciones tan generales es claro que ha pretendido dotar al artículo 106 de un espacio de aplicación que debe ser identificado en función de las circunstancias presentes en cada caso.

El significado institucional del precepto en cuestión lo aclara el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de enero de 2006 (entre otras que participan de la misma fundamentación) al subrayar que "la revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro".

Como bien apunta dicha sentencia, "el problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto".

La única manera de compatibilizar estos derechos, precisa la referida sentencia, es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos" y en este plano, dada su redacción, "parece evidente que la decisión última sobre la procedencia o no de la aplicación del artículo 106 dependerá del caso concreto y de los bienes jurídicos en juego..."

La Comisión Jurídica Asesora de Aragón, por su parte, en Dictamen 2/2006, dirá que el artículo 106 LPAC supone "una saludable precaución en relación a ejercicios de la facultad de revisión de oficio que pudieran considerarse abusivos, ya que el teórico ejercicio sin plazo de la acción de revisión puede mostrarse contrario a los principios de buena fe y hasta de correcta eficacia en el funcionamiento de la Administración".

En el supuesto objeto del presente Dictamen, las circunstancias del caso impiden considerar que concurren motivos para la aplicación del artículo 106 LPAC y singularmente el pretendido retraso desleal de las interesadas en instar la nulidad de actos administrativos dictados nueve años antes.

El transcurso de un importante lapso de tiempo desde que se dictó el acto cuya revisión se pretende puede determinar que su declaración de invalidez afecte seriamente al principio de seguridad jurídica proclamado por el artículo 9.3 CE y puede violar la confianza legítima de los ciudadanos en la Administración. El plazo a considerar para que el ejercicio de la revisión sea considerado abusivo (por resultar contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes) variará en función de las circunstancias concurrentes, sin que sea factible efectuar determinaciones apriorísticas, ni debe realizarse su apreciación por referencia a los plazos de prescripción o caducidad, cuyo vencimiento puede dar lugar a la concurrencia de otros límites de la revisión como la prescripción de acciones a que también se refiere el artículo 106 LPAC.

En la apreciación de esta circunstancia ha de atenderse a diversos extremos, como son la actitud pasiva o activa de quien insta la revisión, así como la pervivencia o no en el tiempo de la eficacia del acto objeto de dicha revisión, factores que han sido considerados por el Consejo de Estado y la jurisprudencia a la hora de ponderar la concurrencia de los límites de la revisión y si debe preponderar el principio de legalidad de la actuación administrativa o el de seguridad jurídica.

Así, el Dictamen del Consejo de Estado evacuado en el expediente 1118/2014, afirma que *"la consideración del tiempo transcurrido, al que se refiere el mencionado artículo 106, puede ser determinante "cuando el interesado, con un completo conocimiento de los hechos determinantes de la nulidad administrativa que pudiera beneficiarle, mantiene una injustificada pasividad durante un dilatado periodo de tiempo" (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2009). Por otro lado, la apreciación de mala fe en la posición del particular depende de que pueda presumirse la posibilidad de conocimiento de la ilegalidad del acto administrativo durante un largo periodo de tiempo y la actitud pasiva ante dicha causa de invalidez (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012)"*.

En el supuesto ahora sometido a consulta, las actoras formulan sus solicitudes de revisión entre junio y julio de 2016, alrededor de un año después del 29 de junio de 2015, fecha en que se dicta la primera de las sentencias del Tribunal Supremo que declaran la invalidez del criterio de corrección aplicado por los tribunales calificadores, y apenas unas semanas después de la segunda de dichas sentencias, de 4 de mayo de 2016. De hecho, con anterioridad a tales pronunciamientos judiciales, en el año 2013, diversas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia habían sostenido la legalidad del criterio de corrección, por lo que las hoy actoras no podían presumir la invalidez del citado parámetro de calificación hasta el momento en que el Supremo así lo declara. No cabe apreciar, en consecuencia, mala fe en la actitud de las hoy instantes de la nulidad, que solicitaron la revisión de oficio en un breve periodo de tiempo desde que pudieron conocer que el ejercicio que habían realizado años antes había sido indebidamente calificado por el órgano selectivo. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ Castilla-La Mancha, núm. 200/2016, de 31 de marzo, cuando analiza la solicitud de revisión de oficio efectuada por un opositor, a la luz de una sentencia del Tribunal Supremo que había declarado nula una base reguladora del procedimiento selectivo. Frente a la alegación de la Administración demandada de pasividad por parte del instante de la revisión, que había dejado transcurrir seis años desde la aprobación de las bases y la convocatoria del procedimiento selectivo lo que obstaba a reconocer la posibilidad de revisión por aplicación del artículo 106 LPAC, el órgano jurisdiccional sostiene que *"para examinar si ha existido pasividad o no por el afectado, que en el fondo es lo que se examina en el citado precepto, el día a quo o momento inicial no sería la convocatoria del proceso (5-10-2009) en la que se contienen las Bases origen y causa de la nulidad radical, que ya pudieron ser impugnadas, como tampoco lo serían los actos del proceso selectivo --resoluciones de 13-8-2010 del Tribunal Calificador por la que se publicaron las calificaciones obtenidas en la prueba selectiva y la relación de aspirantes aprobados en la fase de oposición, y la resolución de 8-10-2012 de la Directora Gerente del SESCO, por la que se nombra personal estatutario fijo y se adjudican plazas a los aspirantes aprobados.--, que también pudieron ser atacados con impugnación indirecta de las Bases, sino que sería la fecha de la Sentencia que declara la nulidad de la Base por los vicios alegados, en el caso de autos la STS de 2-1-2014"*.

Así se expresa, también, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo: *"...en el presente caso no se dan esas circunstancias de mala fe en la posición de la recurrente que hagan presumir la posibilidad de conocimiento de la ilegalidad del acto administrativo durante un largo periodo de tiempo y la actitud pasiva ante dicha causa de invalidez. Sostiene la sentencia recurrida que la recurrente solicitó la revisión diez años después de dictarse el acto administrativo cuya revisión solicitan, si bien admite que solo dos años desde que se empezaron a dictar sentencias por esta Sala que declaraban la nulidad de aquel plazo, que la recurrente acorta al conocimiento de la ejecución de las mismas por parte del Ministerio de Justicia. Pero en el presente caso, la recurrente no recurrió las listas en las que se hizo público el resultado del proceso selectivo porque las presumieron legítimas y ajustadas a las bases de la convocatoria, sin que la fórmula correctora que dio lugar a la anulación de aquél se hiciera pública ni trascendiera su aplicación, de tal forma que no puede imputarse a los particulares la pasividad en la impugnación de un vicio de invalidez que les era absolutamente desconocido" (STS de 13 de febrero de 2012, FJ Sexto)*.

Del mismo modo, y en la medida en que la revisión de oficio, de prosperar, no afectaría a quienes resultaron seleccionados en su día, las consideraciones de equidad y respeto a los derechos de dichos funcionarios que justifican dicha medida conforme a las propias resoluciones judiciales de constante referencia en este Dictamen,

no deberían suponer un obstáculo para la revisión solicitada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de las acciones de nulidad formuladas y acumuladas en el presente procedimiento de revisión de oficio, dado que no se advierte la concurrencia de causa de nulidad alguna en los actos impugnados, conforme se razona en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- Se dictamina desfavorablemente la apreciación contenida en la propuesta de resolución respecto a la virtualidad impeditiva de la revisión que desplegaría en el supuesto sometido a consulta el artículo 106 LPAC, de conformidad con la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

