



DICTAMEN SOBRE LAS IRREGULARIDADES COMETIDAS EN LA APLICACIÓN DE LA ORDEN DE 26 DE MARZO DE 2014, DEL CONSEJERO DE SALUD, POR LA QUE SE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA LA ACREDITACIÓN DE LA EXPERIENCIA PROFESIONAL QUE HABILITA PARA DESEMPEÑAR LAS FUNCIONES DE CONDUCCIÓN DE AMBULANCIAS.

11/2017IL

ANTECEDENTES

Primero.- Por parte de la Directora de Régimen Jurídico, Económico y Servicios Generales del Departamento de Salud se solicita un dictamen en relación con el tratamiento a dar a las irregularidades cometidas en el procedimiento previsto en la Orden de 26 de marzo de 2014, del Consejero de Salud, para la acreditación de la experiencia profesional que habilita para desempeñar las funciones de conducción de ambulancias.

El presente informe se emite con base en las determinaciones que ha de tener la consulta realizada -no preceptiva, razonada y justificada- del artículo 5.2 y 3 de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, y con base en la naturaleza jurídica que corresponde a los informes y dictámenes previstos en el artículo 6.1 y 2 de dicha Ley -únicamente de carácter jurídico y fundados en derecho, no de oportunidad, sin perjuicio de consejos y advertencias, y no vinculantes-.

Igualmente se emite con base en las competencias que al Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno y a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo de su Viceconsejería de Régimen Jurídico, confieren, respectivamente, el artículo 6.1 h) del Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, y el artículo 13.1. a) y b) del Decreto 188/2013, de 9 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Administración Pública y Justicia.

Segundo.- En consonancia con las determinaciones exigidas en el art. 5.2 y 3 de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, la consulta realizada -acompañada de parte del voluminoso expediente tramitado-, es en realidad un fundado informe jurídico sobre los hechos que determinan la consulta, en el que figuran los antecedentes normativos, el resumen de actuaciones tras detectar en la tramitación del procedimiento previsto en la Orden de 26 de marzo de 2014 del Consejero de Salud, nombramientos irregulares de los miembros de la Comisión de Valoración, irregularidades relativas a su funcionamiento, e irregularidades en las resoluciones dictadas, unas reflexiones sobre el conjunto de las irregularidades habidas y finalizando con la **consulta** -en síntesis, **si la revisión de oficio -de la que no se tiene duda que hay que realizar-ha de ser por el procedimiento de nulidad de pleno derecho, o por declaración de lesividad-** y las ventajas e inconvenientes que cada uno de dichos procedimientos conlleva.

DICTAMEN

Primero.- Se comprenden las dudas de la Dirección de Régimen Jurídico, Económico y Servicios Generales del Departamento de Salud, y la pregunta no es fácil de contestar –si lo fuera, obviamente no se plantearía- porque deslindar entre las nulidades de pleno derecho y las anulabilidades, con mucha frecuencia no lo es.

Y la respuesta que se va a dar, más que probablemente no va a contestar a todas las cuestiones suscitadas, puede generar rechazo porque pone en cuestión alguna de las acciones emprendidas por la Dirección tras detectar las irregularidades, y va a generar problemas a la Dirección para su gestión por estar afectadas numerosas personas -lo que la Dirección ya sabe-, y en todo caso, la respuesta que se va a dar en este dictamen es una opinión jurídica más entre las que se pueden suscitar, que obviamente no garantiza el acierto -opinión siempre sometida a cualquier otra mejor fundada en derecho-, pero sí va a ayudar a la Dirección a aclarar conceptos y facilitarle la adopción de una decisión.

La consulta-informe destaca las irregularidades detectadas en la formación de la Comisión de Valoración.

1.- La Orden de 26 de marzo de 2014, del Consejero de Salud, establece el procedimiento para la acreditación de la experiencia profesional que habilita para desempeñar las funciones de conducción de ambulancias. (BOPV nº 75, de 22 de abril de 2014). Su artículo 4 en relación a la tramitación y resolución indica,

“Artículo 4.- Tramitación y resolución.



1.– Se nombrará una Comisión de Valoración compuesta por la persona responsable de la Dirección de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria, del Departamento de Salud, que presidirá la Comisión, la jefatura del Servicio de Docencia y Desarrollo Profesional del Departamento de Salud, la jefatura del Servicio de Ordenación y Acreditación Sanitaria del Departamento de Salud, una persona representante de la Dirección de Emergencias de Osakidetza, un técnico o técnica de la Dirección de Aseguramiento y Contratación del Departamento de Salud, y un técnico o técnica del Servicio de Docencia y Desarrollo Profesional del Departamento de Salud, que actuará como secretario.

...

3.– Una vez analizadas y valoradas las solicitudes de habilitación, la Comisión de valoración elevará propuesta de resolución a la Dirección de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria, quien dictará resolución motivada y expresa de aprobación o denegación de la habilitación solicitada.

4.– La persona responsable de la Dirección de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria del Departamento de Salud resolverá todas las solicitudes presentadas, incluyéndolas en alguno de los tres apartados siguientes: ...

En primer lugar habría que indicar que la Comisión de Valoración es un órgano administrativo: La Ley 30/1992 no define que es un órgano administrativo, pero la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que entonces no era vigente, sí permite un criterio interpretativo, en su art. 5.1,

“Tendrán la consideración de órganos administrativos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo.”

La actuación de la Comisión de Valoración es de carácter preceptivo a tenor del artículo 4 de la Orden de 26 de marzo de 2014. Y no requiere obviamente explicación alguna su condición de órgano colegiado, que en este caso, no es un órgano permanente sino para la aplicación de la Disposición transitoria segunda del citado Real Decreto 836/2012, de 25 de

mayo, por el que se establecen las características técnicas, el equipamiento sanitario y la dotación de personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera.

La técnica normativa empleada en la redacción de la Orden es mejorable, y aunque pudiera entenderse implícita, hubiera sido preferible una mención a la creación de la Comisión, art. 11 Ley 30/1992 e igualmente el art. 5.3 Ley 40/2015, antes de referirse al nombramiento de sus miembros.

En segundo lugar, hay que confrontar lo que la Orden indica y lo que establece la Resolución de 29 de abril de 2014 de la Directora de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria del Departamento de Salud.

Ya de por sí el **enunciado** de dicha Resolución es llamativo,

“ ... por la que se designa a la Comisión de Valoración del procedimiento para la acreditación de la experiencia profesional que habilita para desempeñar las funciones de conducción de ambulancia, establecida en la Orden de 26 de marzo de 2014 del Consejero de Salud.”

Designar en el sentido de nombrar que, como bien indica la consulta-informe,

*“El art. 4.1 de la Orden de 26 de marzo de 2014 dice que “Se nombrará una comisión de valoración, compuesta por...”, pero no establece el órgano encargado de aprobar la resolución de nombramiento. A falta de una delegación o reparto de las tareas del proceso, es de entender que el **consejero se reservaba el desempeño de su competencia, habiendo de dictar, para ello, una orden de nombramiento.**”*

No consta corrección de errores, ni consta delegación, ni del Decreto 195/2013 de estructura orgánica del Departamento de Salud se deduce atribución alguna de la Dirección de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria en relación a la designación y nombramiento de personas de órganos colegiados. En ese sentido, de los artículos 26.4, 65 y 66 de la Ley 7/1981, de Gobierno y del propio Decreto de estructura orgánica resulta tal facultad del Consejero.

2.- La citada Resolución de 29 de abril de 2014 afirma algo que **no existe** en la Orden de 26 de marzo de 2014,

*“El artículo 4 de la citada Orden, **señala** que se **constituirá** una Comisión de Valoración, **¡¡nombrada!!** por la **Directora de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria**, del Departamento de Salud, **que presidirá la Comisión**, los jefes de servicio de Docencia y Desarrollo Profesional y Ordenación y Acreditación Sanitaria del Departamento de Salud, Salud, una persona representante de la Dirección de Emergencias de Osakidetza, una persona de la Dirección de Aseguramiento y Contratación, del Departamento de Salud, y un Técnico o Técnica del Servicio de Docencia y Desarrollo Profesional que actuará como secretario.*

*En virtud de lo dispuesto en el **artículo 12** del Decreto 195/2013 de 9 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Salud.*

RESUELVO

Primero.- Designar como miembros de la Comisión de Valoración del procedimiento para la acreditación de la experiencia profesional que habilita para desempeñar las funciones de conducción de ambulancias a Sebastián Martín Moreno, Jefe del Servicio de Docencia y Desarrollo Profesional, Jaime Muñoz Saitua, Jefe del Servicio de Ordenación y Acreditación Sanitaria, Ana Isabel Torres Alvarado representante de la Dirección de Emergencias de Osakidetza, Helena Flores Serrano por la Dirección de Aseguramiento y Contratación y Mikel Echaniz, técnico de la Dirección de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria, que actuará como secretario.

El artículo 4 de la Orden de 26 de marzo de 2014, del Consejero de Salud, no indica que se constituirá una Comisión de Valoración, indica que se **nombrará** -y previamente hubiera sido preferible que hubiera indicado que se **creaba** la citada Comisión-.

Y tras el nombramiento de los miembros de la Comisión por quién correspondiera, el momento en el que se reúne la Comisión con el necesario *quorum* requerido, es cuando se constituiría la Comisión de Valoración, no se constituye por que lo establezca la citada resolución de 29 de abril de 2014.

En este sentido, el artículo 11 **-creación de órganos administrativos-** y el artículo 26.1 y 2 **-sobre la válida constitución del órgano colegiado-** de la Ley 30/1992.

En todo caso, en lo que aquí importa, el artículo 4 de la Orden de 26 de marzo de 2014 **no atribuye la facultad de nombrar a los miembros** de la Comisión de Valoración a la persona titular de la Dirección de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria, y en la Resolución de 29 de abril de 2014, la persona titular de dicha Dirección se autoatribuye una facultad que la Orden de 26 de marzo de 2014 y el resto de normas organizativas **no le otorgan**.

Desde luego, no lo indica expresamente el artículo 12 que cita la misma, del Decreto 195/2013 de estructura orgánica del Departamento de Salud, y la inferencia realizada en la Resolución con base a dicho artículo es excesiva, y más cuando dicha persona titular de la Dirección es la que preside la Comisión de Valoración, siendo que el art. 23 Ley 30/1992, referida a las competencias del presidente de un órgano colegiado, no le atribuye dicha potestad de nombramiento y cuando no existe norma alguna que lo indique expresamente.

Sí preside dicha Comisión, pero no puede nombrar o designar a sus componentes conforme a lo indicado, y su firma de la resolución que los designa es la primera muestra de la irregularidad de la facultad que se autoatribuye de nombrar a los miembros de la Comisión de Valoración sin estar nombrada.

-La consulta-informe, como precedentemente se señala, ha sostenido que los nombramientos debían realizarse por Orden, lo que ya nos indica cual es la **materia en relación con la que se cuestiona la competencia**.

-Sin embargo, en sus reflexiones la consulta-informe sostiene que no estamos ante actos nulos de pleno derecho del art. 62.1. b) Ley 30/1992, -los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia-, ya que considera que difícilmente en este caso, podría calificarse su incompetencia como manifiesta en relación con la acreditación técnica y profesional que es materia que compete a dicha Dirección.

“Por consiguiente, sería más ajustada la calificación de anulabilidad (Art. 63.1.- *“Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”*), y sería susceptible de convalidación por el Consejero ...

Se comparte la primera afirmación y se discrepa de esta última.

La materia en este caso no es el contenido de las potestades, funciones y obligaciones relacionadas con la Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria que la Dirección y su titular desempeña, la acreditación técnica y profesional.

La materia en la que la Dirección de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria es órgano manifiestamente incompetente es, en este caso, en el de nombramiento de personas, **que la Orden no le ha atribuido y que se ha autoatribuido** en una interpretación del art. 4 de dicha Orden de 26 de marzo de 2014 claramente grosera y errónea, contraria a su dicción, en la que **no se le nombra**, -sólo se indica cuál será su función, presidir la Comisión- y en la que **no se le otorga** la facultad de nombrar a los miembros de la Comisión de Valoración.

*“Se **nombrará** una Comisión de Valoración compuesta por la persona responsable de la Dirección, ..., que presidirá la Comisión. ...”*

Y la resolución de 29 de abril de 2014, de la Directora de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria.

*“El artículo 4 de la citada Orden, señala que se **constituirá** una Comisión de Valoración, **nombrada** por la Directora de ..., que presidirá la Comisión ...”*

lo que lleva indefectiblemente a la imposibilidad de su autonombramiento y, en el hipotético caso de que se entendiera que tiene la facultad de nombrar a los miembros de la Comisión de Valoración, **la ausencia de su nombramiento imposibilitaría la constitución regular de la Comisión** conforme al artículo 26.1 y 2 de la Ley 30/1992.

Y dada la dicción de la Orden, su nombramiento no puede entenderse implícito a su condición de Directora, y su nombramiento no puede entenderse implícito por tener otorgada la presidencia de la Comisión en tanto que Directora.

Y su nombramiento expreso como presidente de la Comisión es necesario que constara **porque lo exige la Orden**, “se nombrará”, y en consecuencia en este caso, el **nombramiento** es lo que le habilitaría para **ejercer las funciones de Presidente** y lo que **individualizaría la responsabilidad** de la persona por las decisiones que tomara en tanto que Presidente, en cada momento, individual o conjuntamente con el resto de los miembros de los miembros de la Comisión de Valoración, art 27. Por iguales motivos es necesario el expreso nombramiento del resto de los miembros de la Comisión.

Asimismo, es necesaria el nombramiento de **todos** los integrantes de la Comisión a los efectos de la abstención y recusación, arts. 28 y 29, todos de la Ley 30/1992.

En los términos indicados en la Orden de 26 de marzo de 2014 y en la resolución de 29 de abril de 2014, **no habiendo sido nombrada la persona que ejerce la Presidencia y habiendo nombrado a su vez, sin facultad para ello, a los vocales de la Comisión**, hay que considerar la nulidad de la misma, además de por ser manifiestamente incompetente por razón de la materia -art.62.1.b) Ley 30/1992- como ya se ha indicado, también por haberse prescindido

en el procedimiento de un trámite sustancial como es la **regularidad en los nombramientos de los integrantes de los órganos colegiados**, art. 62.1.e) *in fine* Ley 30 /1992, en contra de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Las indicadas circunstancias son asimilables a la inexistencia de la Comisión de Valoración, que **no se abrió constituido ni una sola vez de forma válida** para desempeñar las funciones encomendadas, sino que las funciones desempeñadas lo habrían sido, en el mejor de los casos, por un grupo de trabajo informal, siendo en consecuencia afectadas las resoluciones subsiguientes, que debían dictarse tras una propuesta de resolución de la Comisión de Valoración.

En este caso, convocada la sesión de la Comisión de Valoración de forma irregular por una Presidente no nombrada, que preside irregularmente una Comisión de Valoración que se ha constituido de forma irregular para la sesión, emitiendo irregulares propuestas de resolución acordadas por una Presidente no nombrada y unos vocales nombrados por ésta sin facultad para ello.

Y como consecuencia de estas irregulares propuestas de resolución, la persona titular de la Dirección de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria, la propia Directora resuelve las propuestas de resolución de la Comisión de Valoración, propuestas en la que ha participado sin nombramiento como Presidente, y

“... dictará resolución motivada y expresa de aprobación o denegación de la habilitación solicitada.”

Lo que sería conforme como indica la consulta-informe, con el artículo 12.1.h) del Decreto de estructura orgánica que atribuye a ese órgano directivo el ejercicio de la actividad de acreditación técnica y profesional.

Sin embargo, le preceden las nulidades indicadas, provocadas por la misma persona.

Lo que igualmente implica una quiebra de los principios de seguridad jurídica, de responsabilidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La consulta-informe indica por dos veces, que es una propuesta vinculante, lo que *a priori* no resulta expresamente establecido en la Orden ni en ninguna otra norma referida al transporte sanitario, -tal vez se quería referir a la preceptividad de las propuestas de resolución, confundiendo preceptividad y naturaleza vinculante, conceptos que se suelen presentar de forma conjunta-.

Preceptividad que estaría viciada en su origen por los motivos indicados, lo que determinaría que las resoluciones de la Directora estarían ausentes de propuesta de resolución alguna.

La STS de 23 febrero 2016, FJ 5º, RJ 2016\1380, en relación con la nulidad de pleno derecho indica,

“A) ... Ha de recordarse que en nuestro ordenamiento jurídico las causas de nulidad radical o absoluta de los actos administrativos son tasadas, tienen carácter excepcional y han de interpretarse de forma estricta [véase por todas la sentencia de 8 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5051) ...]. En concreto, la del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 (hoy, artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), precepto al que el recurrente se refiere sin citarlo, tiene únicamente lugar cuando se produce una clara, manifiesta y ostensible preterición del procedimiento debido [sentencia de 9 de junio de 2011 (RJ 2011, 5165...)], escenario que no es el del caso que nos ocupa, en el que la liquidación que el Tribunal Económico-Administrativo Central anuló fue el resultado de un procedimiento de inspección desarrollado con todos sus componentes formales, salvo el que ha determinado la anulación de la liquidación. Es verdad que, con arreglo a nuestra jurisprudencia [véase, por todas, la sentencia de 26 de julio de 2005 (RJ 2005, 8781) ...], quedan asimilados a la omisión que contemplan los artículos 62.1.e) de la Ley 30/1992 ... los casos en que se sigue un procedimiento distinto del establecido, así como aquellos otros en los que, tramitándose dicho procedimiento, se soslayan trámites esenciales o fundamentales del mismo [sentencia de 21 de enero de 2011 (RJ 2011, 335) ...], pero ni una ni otra de tales situaciones es, como ha quedado dicho, la del supuesto que nos ocupa.”

Aunque referida a la materia tributaria, la doctrina general sobre los actos nulos de pleno derecho es de aplicación al presente caso.

La Resolución de 29 de abril de 2016, es por lo indicado, al menos un patente error de derecho, con las consecuencias que se derivan de ello, habiéndose preterido trámites esenciales del procedimiento.

3.- Igualmente indica la consulta-informe que es dudosa la imparcialidad de quién designa a quién va acompañarle en la Comisión. Y la ausencia de publicidad.

Una presunción “iuris tantum” que siempre cabe desvirtuarla si se acredita la infracción o desconocimiento del procedimiento, -procedimiento que se presume conoce el órgano responsable, en este caso de la Directora-, bien por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, o por fundarse en patente error de derecho.

En cualquier caso, siempre que se acredite, lo que cabe afirmar que se ha producido como se indica en anteriores párrafos.

Pero además, se produce la falta de imparcialidad, porque efectivamente, quien preside la Comisión sin ser nombrada, nombra al resto de miembros de la Comisión entre los que se

encuentran personas que son sus subordinados en la Dirección, las personas titulares de la jefatura del Servicio de Docencia y Desarrollo Profesional y de la jefatura del Servicio de Ordenación y Acreditación Sanitaria. Asimismo nombra a una persona de su Dirección, técnica del Servicio de Docencia y Desarrollo Profesional que actúa como secretaria. Esto es 4 de los 6 miembros de la Comisión son de la Dirección.

La imparcialidad es una presunción material pero también es una presunción formal y en este sentido, por un lado, en el ejercicio de las funciones en aquello que no esté lo suficientemente reglado en la Orden, esto es, en el ejercicio de la discrecionalidad técnica por la Comisión basada en una presunción de certeza o de razonabilidad de su actuación administrativa, apoyada en su especialización e imparcialidad, ésta quebraría ante el nombramiento realizado por quién no ha sido nombrado, y por quién no tiene atribuida la facultad de nombrar a los miembros de dicha Comisión, y por otro lado, quebraría porque nombra sin tener esa facultad, a miembros que le están directamente subordinados, lo que pone en cuestión que pudieran ejercer con la debida imparcialidad las facultades que el art. 24 Ley 30/1992 atribuye a los miembros de los órganos colegiados.

En un nombramiento regular por el Consejero -ya que están definidas en la Orden de 26 de marzo de 2014 las categorías de los puestos que han de formar parte del Consejo de Valoración-, las personas que los desempeñarían en dicha Dirección, hubieran sido las mismas, las titulares de la Presidencia y 2 jefaturas de servicio, más la Secretaría, con las mismas relaciones materiales de jerarquía y subordinación entre ellas, pero formalmente la imparcialidad se presumiría en la Comisión, por el origen de su nombramiento.

Pero además, -aunque no cabría en este caso por las irregularidades indicadas-, la imparcialidad se salvaguarda a través de los mecanismos legalmente establecidos, entre otros, los de abstención y recusación. Lo que nos lleva a otra de las irregularidades que se indican en la consulta-informe, la falta de publicidad de la resolución de 29 de abril de 2104, que habrían impedido a los interesados solicitar la abstención o proponer la recusación de los miembros de la Comisión de Valoración.

La Resolución de 29 de abril de 2104 no se sometió a publicidad, no consta que fuera publicado el nombramiento de las personas de dicha Comisión de Valoración, que evalúa a una pluralidad indeterminada de personas, en contra de lo dispuesto en el artículo 59.6 Ley 30/1992 y a los efectos de la abstención y recusación

4.- Refiere la consulta-informe la participación en la Comisión de Valoración de 2 personas en representación de la Dirección de Emergencias de Osakidetza, cuando en la Orden se prevé el nombramiento de 1 persona en representación de dicha Dirección.

Consta en 5 actas la participación en la Comisión de Valoración de esa persona no nombrada, en 4 junto con la nombrada, en 1 acta, en ausencia de ésta. En otra acta justifica su ausencia.

Figuran su nombre en las actas como asistente o justifica su ausencia, junto con el resto de los miembros de la Comisión, y como bien dice la consulta-informe,

“... nada permitiría entender que su intervención lo fuera en calidad diferente a la de miembro.”

Del mismo modo dice la Consulta-informe, no figura orden, resolución, acto o referencia que permita considerarla como asesora, y se excluye que se pueda distinguir entre titulares y suplentes, porque no lo prevé ni la Orden ni la resolución de nombramiento.

En sus reflexiones la consulta-informe sobre la constitución irregular de la comisión de valoración indica que las actas no reflejan el alcance de la intervención en la Comisión de la persona no nombrada, el sentido de las votaciones de las cuales resulten los acuerdos de la Comisión de Valoración, las actas son deficitarias y no dejan constancia de las solicitudes, su análisis y de las propuestas de resolución, denegación, concesión o inadmisión a trámite.

E indica,

“La realidad es que las resoluciones dictadas no se ven respaldadas por la documentación obrante en el expediente, ni por las actas ni por las propuestas de la comisión de valoración, propuestas que no existen.

No obstante, es innegable que una persona carente de la condición de miembro haya participado en tal calidad en los debates y toma de decisiones (voto) de la comisión de valoración.

Nos preguntamos si esa irregularidad pudiera ser constitutiva de la causa de nulidad de pleno derecho tipificada en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: “Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Caso de concurrir tal vicio, estaríamos ante una transmisión de la nulidad a todas las actuaciones del órgano colegiado (art. 64 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), lo que comportaría la nulidad de sus propuestas y, en consecuencia, de todas las resoluciones recaídas, expresa o presuntamente, en el procedimiento, por tratarse de actos dependientes del acto viciado, acto de tendría carácter continuado, desde la primera a la sexta reunión. La nulidad se transmitiría, igualmente, a las reuniones séptima a décima, pese a la ausencia de tal persona, dado que el contenido de estas reuniones no era otro sino las resoluciones adoptadas por la comisión conformada de modo ilícito.”

Si no hubiera habido los vicios previamente denunciados, el análisis de la participación de una persona no nombrada en la Comisión sería probablemente el punto de partida para

concretar la naturaleza del conjunto de las irregularidades detectadas. Sin embargo, las irregularidades previamente indicadas permitirían eludir este análisis.

No obstante, cabe decir que en un supuesto diferente del que se analiza, con nombramientos regulares de los miembros de la Comisión de Valoración, la participación de dicha persona sin la condición de miembro, hubiera requerido el análisis de la naturaleza de su participación, constatar si su función era meramente informativa o asesora, o si su participación consistía en la discusión y valoración de los requisitos documentados por los interesados en el procedimiento; constatar si la influencia de su participación alcanzaba a influir decisivamente en el criterio sostenido por los miembros de la Comisión de Valoración; constatar si participaba en las votaciones, y si la suma de su voto era o no decisivo para adoptar una u otra propuesta de resolución.

Conocer todos estos hechos sería decisivo para considerar si la imparcialidad de los miembros de la Comisión de Valoración o la finalidad para la que se había sido creada la Comisión de Valoración, habría resultado afectada o no, y a partir de ahí, pronunciarse sobre si se infringía el artículo 62.1, letra e) Ley 30/1992, como se plantea en la consulta-informe.

Este supuesto no se ha producido, al contrario, ni los nombramientos de los miembros de la Comisión de Valoración son regulares, ni existe nombramiento del Presidente de la Comisión, ni cabe considerar que se constituye de forma regular la Comisión de Valoración en cada convocatoria, ni son regulares las votaciones ni las propuestas etc.

Si a ello añadimos que dicha persona figura como asistente a las reuniones, como el resto de participantes, hay que inferir que vota conjuntamente con ellas, y que al decir de la consulta-informe

“... las resoluciones dictadas no se ven respaldadas por la documentación obrante en el expediente, ni por las actas ni por las propuestas de la comisión de valoración, propuestas que no existen ...”

No cabe sino considerar que la participación de dicha persona de forma irregular, sin estar nombrada –del mismo modo que no lo está la Presidente- **es otro elemento a añadir** a la misma nulidad de derecho del artículo 62.1.e) Ley 30/1992 que antes se ha indicado.

Y si en hipótesis, la nulidad de pleno derecho no existiera en los nombramientos de los miembros de la Comisión de Valoración y en la ausencia de nombramiento del Presidente, y si se corroboraran los motivos que se describen en la consulta-informe -y no hay motivos para pensar lo contrario-, ya indicarían la naturaleza de la irregularidades, -asiste a las sesiones sin ser miembro de la Comisión de Valoración, participa en las votaciones, las propuestas de resolución son inexistentes, las actas no respaldan las resoluciones, ...-, estaríamos más que probablemente ante una nulidad de pleno derecho artículo 62.1.e) Ley 30/1992.

Segundo.- La Orden de 4 de abril de 2016, del Consejero de Salud

Tras describir las irregularidades anteriores, la consulta-informe refiere esta Orden,

“No invocamos la orden como una irregularidad más, sino como un intento de superar las irregularidades expuestas en los apartados anteriores, intento de eficacia limitada, en el mejor de los supuestos, a las reuniones que celebrara la comisión de valoración dentro de las actuaciones dirigidas a una eventual revisión de oficio. El objeto de la disposición fue completar el órgano, dado que uno de sus miembros –el secretario– había causado baja por jubilación.

Pero, dado que esta Dirección no tuvo conocimiento de ninguna de las irregularidades referidas sino a partir de la petición de la dirección gestora, se dispuso actuar de un modo que consideramos más ajustado a derecho:

- 1) Orden del consejero, **en lugar de** resolución de la Dirección de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria.*
- 2) En cuanto al contenido, la orden, además de **completar** la vacante de la secretaria, da a conocer la composición de la comisión de valoración. La composición, que se atiene a los nombramientos dados en su día, solo recoge la designación de una persona en representación de la Dirección de Emergencias, la designación de Dña. Ana Isabel Torres Alvarado.*

Se le da publicidad a través de la sede electrónica de euskadi.eus. ...”

La Orden del Consejero de 4 de abril de 2016, realiza el **nombramiento** del nuevo secretario de la Comisión, al parecer por jubilación del anterior, y más de año y medio después de resolverse las acreditaciones, **da a conocer la composición de la Comisión de Valoración**, Presidente, vocales y secretario, sin mencionar la resolución de 29 de abril de 2014 origen del problema.

La consulta-informe sostiene en sus explicaciones que los nombramientos le corresponden al Consejero, -con lo que se está de acuerdo-, y la consulta-informe sostiene en

sus reflexiones que la Directora no era manifiestamente incompetente por razón de la materia en relación con los nombramientos, y por tanto, sería anulable y no nula de pleno derecho su resolución de 29 de abril de 2014 -respecto de lo que se discrepa por lo indicado en el epígrafe primero-, siendo convalidable conforme a la previsión del art. 67.3 Ley 30/1992.

Inicialmente no se acababa de entender que no se hubiera procedido a la citada convalidación si se consideraba que era la opción correcta.

Ahora sin embargo, se entiende, dado el cúmulo de irregularidades de todo tipo, del procedimiento de conformación de la Comisión de Valoración, y de las propias resoluciones - hasta 8 tipos de irregularidades, con gran nº de personas afectadas-, que se haya frenado esa decisión hasta aclarar el problema.

En la reflexión de la consulta-informe se expresan además dudas sobre la convalidación,

“Cuestión más delicada a decidir sería buscar la ubicación adecuada de esa convalidación dentro del proceso de revisión de oficio, decisión especialmente complicada si la vía por la que se optara finalmente fuera la revisión de actos anulables.”

La STS de 5 de junio de 2014, FJ 5º.1) es un buen referente,

“... la convalidación de los actos anulables constituye una técnica específica dispuesta por nuestro ordenamiento jurídico para la conservación de los actos que adolecen de este defecto (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: artículo 67), que permite sanar en efecto tales actos anulables (no así los nulos de pleno derecho); pero, ello, siempre y cuando la Administración acuda a dicha técnica al margen del proceso y la cuestión no haya sido objeto de pronunciamiento judicial. En otros términos, la convalidación afecta solo a resoluciones administrativas cuya invalidez aún no ha sido declarada; o, si prefiere también, no se puede sanar un defecto invalidante una vez que la invalidez se ha declarado. Declarada la invalidez, por lo demás, resulta incluso indiferente que la infracción del ordenamiento jurídico determinante de la anulación de un acto fuera causa de nulidad de pleno derecho o anulabilidad, a los efectos de aplicar la técnica de la convalidación; porque sencillamente no ha lugar a la aplicación de convalidación en ninguno de los dos casos. ...”

Como se ha indicado, no se comparte el criterio de la consulta-informe -de que la incompetencia de la Directora no es manifiesta en los nombramientos, de que la resolución de 29 de abril de 2014 es un supuesto de anulabilidad y de que es en consecuencia, posible su convalidación- y se considera que la resolución de 29 de abril de 2014 es nula de pleno derecho.

Y la Orden de 4 de abril de 2016 en un loable intento de resolver algunas de las irregularidades detectadas en la resolución de 29 de abril de 2014, sin embargo, refleja el intento de conjugar el principio de legalidad, con los principios de proporcionalidad y la eficacia, y se queda a medio camino.

La Orden nombra al nuevo Secretario, pero solo da a conocer los componentes de la Comisión de Valoración, con su publicidad en la sede electrónica.

En este sentido, hay que entender que en relación con el vicio de la resolución de 29 de abril de 2014, el contenido -dando a conocer -publicidad- a los miembros con voto de la Comisión de Valoración- y el rango empleado, Orden de 4 de abril de 2016, implícitamente estaría considerando que no concurre un supuesto de nulidad, sino de anulabilidad, sería una incompetencia no determinante de nulidad de pleno derecho, que se subsanaría dictando una resolución por órgano superior jerárquico mediante Orden, art 67.3 ley 30/1992.

“Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.”

Sin embargo, por un lado, se nombra al nuevo secretario y se realiza la publicidad indicada, “se da cuenta”, por Orden del Consejero, que es órgano competente superior jerárquico de la Directora de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria, pero por otro, no se llega a realizar la convalidación de los nombramientos. Tal vez pesaban más las dudas que las certezas en el ánimo de la Dirección de Régimen Jurídico, Económico y Servicios Generales.

Y “dar cuenta” de los nombramientos, al parecer también responde a lo que la consulta-informe indica,

“...un intento de superar las irregularidades expuestas en los apartados anteriores, intento de eficacia limitada, en el mejor de los supuestos, a las reuniones que celebrará la comisión de valoración dentro de las actuaciones dirigidas a una eventual revisión de oficio ...”

Sin embargo, la eficacia de “dar cuenta” en tanto que subsanación de un acto anulable, puede ser interpretado por quién vio desestimada su solicitud, que su desestimación no es firme, que se ha reabierto el procedimiento para alegar la abstención y recusación, que la Comisión reabre el plazo para tramitar el procedimiento, que, de nuevo, se debe reunir para analizar la documentación, solicitar aclaraciones y completar omisiones, valorar y realizar propuestas de resolución. La pretensión y el efecto buscado de la Orden de 4 de abril de 2016, puede ser el indicado, la revisión de oficio respecto de la que no se tiene duda, pero no se pueden descartar otros posibles efectos, como el indicado.

La Orden de 4 de abril de 2016, por lo demás, viene a confirmar lo indicado en este dictamen en relación con los nombramientos.

Por un lado, se nombra expresamente con su nombre y apellidos al secretario, y por otro, se da cuenta de la composición de la Comisión de Valoración, incluido el secretario, con sus nombres y apellidos: no hay duda que no se confunden, no se toman por similares o sinónimos los conceptos de nombrar y dar a conocer, pero en ambos casos, se indican los nombres y apellidos.

Del mismo modo, que la Orden de 4 de abril de 2016 considere que el expreso nombramiento del secretario requiere su nombre y apellidos, confirma que es lo que tiene validez y eficacia jurídica, lo que lo individualiza a efectos de la abstención y recusación y de la responsabilidad individual.

Lo que nos lleva a la falta de nombramiento del Presidente de la Comisión de Valoración, que no se puede reputar su nombramiento implícito ni en la resolución de 29 de abril de 2014, ni deducirse del art. 4 de la Orden de 26 de marzo de 2014, porque ésta indicase que la persona responsable de la Dirección de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria, presidiese la Comisión.

Sin embargo, en las actas 1 a 4 figura como Presidente la anterior Directora, y en las actas 5 y 6 el siguiente Director de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria, que es el que da cuenta a la Dirección de Régimen Jurídico, Económico y Servicios Generales de las 11 resoluciones que acreditan a conductores de ambulancia sin tener los requisitos pertinentes. Igualmente figura en las actas 7 a 10.

Director del que se da cuenta de su nombre en la Orden de 4 de abril de 2016, pero tampoco consta su expreso nombramiento como Presidente de la Comisión de Valoración: en las sesiones de las actas 5 y 6, consta un Presidente sin nombrar y en las subsiguientes sesiones, actas 7 a 10, igualmente consta un Presidente sin nombrar (o si ha existido su nombramiento, no se ha incorporado al expediente. La consulta-informe nada dice.)

Tercero.- Las irregularidades de las resoluciones dictadas.

La consulta-informe indica hasta 8 tipos diferentes de irregularidades en las resoluciones dictadas, algunas gravemente lesivas del interés público sanitario, que habilitan a conducir ambulancias a quién acredita que es únicamente conductor de autobús; habilitaciones para conducir ambulancias asistenciales, a quién acredita que es conductor de ambulancias no asistenciales; habilitaciones respecto de personas que no acreditan la experiencia suficiente; aplicación de criterios diferentes en la valoración de la misma experiencia; resoluciones dictadas y no notificadas; errores en la publicación en el BOPV de las resoluciones.

La casuística es amplia y la consulta-informe se debate entre proceder a calificarlas de anulables o de nulas de pleno derecho en función de los trámites que haya que realizar. Se inclina ampliamente por la primera solución, lo que sería propio de las reglas generales de la nulidad y en algunos casos sería evidente.

La consulta-informe describe las ventajas e inconvenientes de la revisión de oficio por la nulidad de pleno derecho y por declaración de lesividad.

Este dictamen se inclina por la primera opción, a pesar de sus inconvenientes, que pueden ser suavizados aplicando las previsiones legales sobre la resolución de recursos administrativos, revocación de resoluciones gravosas sin existir 3º interesados, la conversión y la conservación de los actos administrativos.

En todo caso, la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho del acto cuestionado, resolución de 29 de abril de 2014 de la Directora de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria del Departamento de Salud, requiere preceptivo dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.1 b) en relación con el artículo 3.1 g) de la Ley 9/204, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

La consulta en los supuestos de revisión de oficio es preceptiva y habilitante, en el sentido de que sólo siendo favorable el dictamen de la Comisión estaría legitimado el Departamento para declarar la nulidad del acto (artículo 102 Ley 30/1992 y en el mismo sentido, artículo 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas)

Conforme con lo indicado, no obstante, me someto a cualquier otro dictamen fundado en derecho.