

Expediente Núm. 97/2009
Dictamen Núm. 147/2009

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Jiménez Blanco, Pilar
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Fernández Noval, Fernando Ramón

Ausente por inhibición:
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión extraordinaria celebrada el día 20 de mayo de 2009, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 10 de febrero de 2009, examina el expediente de revisión de oficio, incoado por Resolución de la Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias de 26 de noviembre de 2008, del acto administrativo por el que se abona en nómina el concepto “Complemento mensual” a

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de 26 de noviembre de 2008, dictada por la Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias (en adelante SESPA), se inicia el procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo “por el que se abona el concepto Complemento mensual”, señalando en los antecedentes que “los

abonos vienen amparados en la comunicación realizada por la Dirección correspondiente al Departamento de Personal, Sección de Nóminas, sin que estos conceptos retributivos consten en el Decreto de Retribuciones del Principado”, y en los fundamentos de derecho que dicho acto incurre “en la causa de nulidad prevista en los apartados b) y f) del artículo 62 de la Ley 30/1992, al haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia”.

En la misma resolución de inicio se acuerda “suspender cautelarmente la ejecución del acto”.

2. Como antecedentes, se han incorporado al procedimiento copias de los siguientes documentos: a) Informe definitivo de control financiero permanente sobre gastos de personal, correspondiente al mes de enero de 2008. b) Informe del Subdirector de Gestión del Hospital Universitario Central de Asturias (en adelante HUCA), de fecha 15 de noviembre de 2008, sobre justificación del abono, señalando que “en el expediente de la trabajadora figura la creación en el año 1999 de un complemento personal transitorio (CPT) por dicho importe” y que éste “debería estar absorbido por los sucesivos incrementos retributivos que ha experimentado la trabajadora, sin que por otro lado su percepción encuentre causa que lo justifique”. c) Escrito de 8 de julio de 1988, del Director de Personal al Jefe de la Unidad de Nóminas del HUCA en el que se hace constar que “procede abonar a partir del presente mes de julio y con efectos desde 1-7-88 a (la interesada) la cantidad de (...) pesetas/mensuales, en concepto de CPT”. d) Solicitud de informe, de fecha 25 de noviembre de 2008, que el Gerente del HUCA remite al Servicio Jurídico del SESPA. e) Informe del Jefe del Servicio Jurídico del SESPA, de fecha 25 de noviembre de 2008, en el que se afirma que “la causa de nulidad alegada se ajusta presunta e inicialmente a las previsiones legales contenidas en los números 1.b), e) y f) del art. 62 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

3. Durante el preceptivo trámite de audiencia, la interesada alega, en primer lugar, que “es personal laboral con contrato indefinido”, y que dicho complemento “se trata de una condición más beneficiosa que se ha incorporado a la relación jurídica de naturaleza laboral (...) que no puede ser revisada unilateralmente por parte de la Administración empleadora”. En segundo lugar se opone a la suspensión acordada con el argumento de que no existen perjuicios de imposible o difícil reparación en casos de “personal con plaza en propiedad”, dado que su hipotético reintegro a la Administración “no puede ser más sencillo y asegurado, y menos cuando se lleva percibiendo más de 26 años (...), de ahí que en relación a dicha suspensión, que ya se ha hecho efectiva, se interponga mediante el presente escrito la correspondiente reclamación previa a la vía judicial laboral”.

Junto con el escrito, acompaña doce nóminas, la primera de ellas correspondiente al mes de junio de 1982, donde aparece el concepto “complemento puesto trab.” En la última, de septiembre de 2008, aparece marcado el concepto “Especial Responsabilidad”.

4. Con fecha 30 de enero de 2009, la Gerente del SESPA suscribe una propuesta de resolución en la que, tras resumir la tramitación efectuada, concluye que procede “declarar la nulidad del acto administrativo por el que se abona en nómina” a la interesada “el concepto retributivo al incurrir el mismo en causas de nulidad de pleno derecho, al haber sido dictado (...) por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia y al otorgar éste facultades o derechos careciéndose de los requisitos esenciales para su adquisición, supuestos previstos en los apartados b) y f) del artículo 62 de la Ley 30/1992”.

5. Mediante Resolución de la Directora Gerente del SESPA, de 6 de febrero de 2009, teniendo en cuenta que se ha solicitado “dictamen preceptivo del Consejo

Consultivo del Principado de Asturias”, se acuerda la “suspensión del plazo máximo legal de tres meses previsto para la resolución del procedimiento (...) hasta la recepción del mencionado informe”.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de febrero de 2009, registrado de entrada el día 12 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen, junto con otros setenta, sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo por el que se abona en nómina el concepto “Complemento mensual” a, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente.

7. Con fechas 27 de febrero, 4 y 23 de marzo de 2009 (y con registro de entrada los días 5, 9 y 26 de marzo), V. E. remite, a solicitud de este Consejo, documentación complementaria relativa a diverso personal destinado en el HUCA y en otros servicios sanitarios, con indicación de la naturaleza jurídica de su relación de empleo, así como otros datos e informes sobre contratos laborales, convenios colectivos aplicables y retribuciones del personal del Instituto Nacional de la Salud y del SESPA.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra I), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra I), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17,

apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- El artículo 15.2.a) del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias establece que en el ejercicio de sus competencias la Comunidad Autónoma gozará, entre otras, de la potestad de revisión de sus actos en vía administrativa. Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), el Principado de Asturias se halla debidamente legitimado, con carácter general, para iniciar el procedimiento de revisión de oficio, aun cuando en hipótesis, en un ámbito material transferido, tenga por objeto actos administrativos, expresos o tácitos, dictados por el Instituto Nacional de la Salud, o imputables a éste, en una fecha anterior a la asunción por el Principado de Asturias de las competencias en materia de sanidad, coordinación hospitalaria y asistencia sanitaria y al traspaso de las funciones y servicios inherentes a ellas. Como ha sentado el Tribunal Supremo, “la transferencia de la competencia comporta la asunción por el ente que la recibe de todas las potestades, deberes y cargas inherentes a su ejercicio” (Sentencia de 28 de abril de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª). En similar sentido se pronuncia el Consejo de Estado en su Dictamen 1526/2000, de 22 de junio, en relación con la limitación de la Administración del Estado para revisar sus propios actos una vez transferida la competencia a la Comunidad Autónoma.

TERCERA.- Pretende la Administración en el presente procedimiento revisar de oficio el acto administrativo que habilita un concreto abono mensual a un empleado público, declarándolo nulo de pleno derecho. El procedimiento no constituye una actuación aislada, sino que cobra verdadero sentido en un contexto cuya consideración permite comprender la dimensión real de la iniciativa y explicar sus peculiares características e incluso sus deficiencias.

En efecto, esta singular actuación administrativa se vincula a otros ciento noventa y seis procedimientos idénticos que se someten simultáneamente a consulta de este Consejo, aunque cada uno de ellos, en su concreta tramitación, se presente aparentemente dissociado o singularizado del resto. El conjunto afecta a casi tres centenares de empleados públicos de los varios miles que prestan servicios en la organización sanitaria pública asturiana. La iniciativa responde a la determinación del SESPA de restaurar la legalidad con carácter general, depurando su régimen organizativo y el retributivo de su personal, y ajustándolo a derecho. Tan encomiable propósito surge tras constatar los órganos internos de fiscalización de la Administración -en concreto la Intervención General, en el curso de la ejecución de Planes Anuales de Control Financiero y Planes Anuales de Auditorías- que se efectuaban determinados abonos de retribuciones al personal estatutario, funcionario y laboral sin cobertura legal. La actuación obedece asimismo al impulso de la Junta General del Principado de Asturias, cuyo Pleno aprobó, el día 6 de junio de 2008, una iniciativa de orientación y dirección políticas, la “Moción 17/VII, sobre políticas de auditorías y de transparencia en la gestión de las mismas”, en la que se insta al Consejo de Gobierno a que “proceda al inmediato reintegro de las cantidades indebidamente percibidas o percibidas en exceso”.

Las anomalías detectadas no surgen, sin embargo, *ex nihilo*, sino que prosperan en el curso del proceso de coordinación e integración progresiva, y finalmente de fusión en un complejo único, de los establecimientos de asistencia sanitaria hospitalaria paralela existentes en Asturias, básicamente el Hospital General de Asturias, creado por la Diputación Provincial y asumido por la Comunidad Autónoma en 1982, y los dependientes del Instituto Nacional de la Salud; paso que precede a la asunción de competencias por parte del Principado de Asturias en materia de sanidad, coordinación hospitalaria y asistencia sanitaria y al traspaso, con efectos de 1 de enero de 2002, de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud (Real Decreto 1471/2001, de 27 de diciembre).

La complejidad de este proceso no justifica, aunque sí explica, muchas de las irregularidades que ahora se pretenden corregir, pues son consecuencia de la superposición y articulación de estructuras organizativas diversas, de regímenes jurídicos distintos y de plantillas de personal sanitario diferenciadas, en ocasiones duplicadas, y con sistemas retributivos dispares. La fusión se encauzó de modo progresivo, mediante dos instrumentos sucesivos de naturaleza convencional, uno anterior y otro posterior a la transferencia de competencias, el "Convenio entre la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias y el Instituto Nacional de la Salud para la gestión del Hospital General de Asturias por dicho Instituto", de 13 de diciembre de 1989 (BOPA de 3 de enero de 1990), y el "Convenio de colaboración y coordinación sanitaria entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y el Principado de Asturias", de 24 de octubre de 1994 (BOE de 22 de noviembre).

Parte de los actos administrativos que se someten ahora a revisión de oficio, aunque no todos, son consecuencia directa de este proceso o se explican por él, y a menudo buscan amparo legal en decisiones o acuerdos de los Consejos o Comisiones de Coordinación que ambos instrumentos crearon, ya que estos órganos improvisaron fórmulas organizativas y retributivas que no llegaron a constituir meras situaciones *de facto* por la simple razón de que, invocando la analogía o la asimilación de conceptos o de categorías, se les buscó una cobertura legal aparente, precisamente la que con este conjunto de procedimientos se quiere anular ahora. Estas situaciones anómalas, hoy sólidamente arraigadas, no son sin embargo las únicas existentes, pues a ellas, con el transcurso del tiempo, se fueron añadiendo otras, fruto unas veces de respuestas también improvisadas e igualmente irregulares a necesidades organizativas concretas, y en algunas ocasiones con muestra de ilegalidad patente.

La Administración pretende con estos procedimientos restablecer la legalidad revisando de oficio la mayoría de estas situaciones jurídicas, en la creencia de que la regularidad se restaura mediante la yuxtaposición de

procedimientos de declaración de nulidad de actos administrativos de alcance individual. Con este objetivo opta por actuar sobre la manifestación en el plano retributivo de las irregularidades detectadas, descuidando el dato objetivo de que las anomalías traen causa en la mayoría de los supuestos analizados de la adopción previa de decisiones organizativas y funcionales que se instrumentan sin amparo legal o con cobertura dudosa. Para ello actúa de modo masivo, encauzando la revisión a través de un procedimiento-tipo repetido, que se aplica de modo mecánico a todos los casos, cualesquiera que sean las peculiaridades de las situaciones jurídicas afectadas y los resultados de los trámites practicados. Los efectos de este modo de actuación y sus consecuencias -confusión acerca del acto administrativo objeto de la revisión, irregularidades graves de procedimiento- se analizarán, si procede, en las restantes consideraciones jurídicas de este dictamen.

Para finalizar con el análisis del contexto y características de esta revisión de oficio masiva, que justifica nuestro dictamen común, este Consejo Consultivo plantea la necesidad de que la Administración valore si la mejor y más eficaz restauración de la legalidad se logra, antes que mediante la revisión de una pluralidad de actos de alcance individual, con un previo análisis de alcance general de la estructura organizativa y de gestión de los establecimientos hospitalarios del SESPA, con la consiguiente toma de decisión. Entonces cabría ponderar de modo adecuado cada uno de los casos individuales que hoy parecen en su conjunto anómalos, distinguiendo entre los que hoy incurren en irregularidad, pero no de tal naturaleza que merezca calificarse de radical, y aquellos otros, acaso no tan numerosos como da a entender el conjunto sometido a nuestro dictamen, que adolezcan de nulidad de pleno derecho.

CUARTA.- La revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, constituye un procedimiento excepcional. Este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, bien por propia iniciativa o a instancia del interesado, sin intervención judicial, revisar

disposiciones y actos suyos viciados de nulidad. En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la LRJPAC consagra ciertos requisitos y límites al ejercicio de las facultades revisoras, cuya concurrencia y respeto debe analizarse antes de entrar en la consideración de los vicios legales que pudieran justificar la anulación.

En primer lugar, el artículo 102.1 de la LRJPAC dispone que “Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (...), declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1”.

En aplicación de este precepto, como condición esencial para proceder a la revisión de oficio, hemos de estar ante actos administrativos y, tratándose de éstos, ante actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo.

El primer requisito que ha de respetar la revisión de oficio que examinamos es el de plantearse respecto de un acto administrativo, es decir, un acto sometido al Derecho Administrativo, dado que el citado artículo 102 de la LRJPAC viene a impedir que puedan declararse nulos de oficio por este procedimiento actos de las Administraciones Públicas no enjuiciables en la vía contencioso-administrativa.

En este sentido, la doctrina del Consejo de Estado, contenida en su Dictamen 701/1991, de 4 de julio, señala que la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social, en relación con el contrato de trabajo, conlleva la inaplicación del procedimiento de revisión de oficio, con fundamento precisamente en que “la revisión de oficio en vía administrativa del acto declarativo de derechos (...) aparece, en principio, configurada (...) como remedio correlativo y sustitutivo de la impugnación de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de que la revisión administrativa operada sea susceptible de ulterior recurso jurisdiccional. Este planteamiento no se da en estos términos en el supuesto que se examina, pues en caso de ser

admitido se superpondría una revisión de oficio en vía administrativa, que abriría su propia perspectiva jurisdiccional, con un control por los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional social”.

Pues bien, en el caso que analizamos, sin duda por incardinarse en un proceso general revisor del grado de rigor formal y material de la gestión de personal y retributiva en el seno del organismo, cuya motivación y finalidad pueden empañar las de cada uno de los procedimientos singulares emprendidos, nos encontramos con que la resolución de inicio persigue la declaración de nulidad del abono de un concepto retributivo a una persona vinculada al SESPA por un contrato laboral.

Los actos de ejecución, por una Administración pública, de una relación jurídica laboral ya establecida -al contrario de lo que ocurre con los actos administrativos previos o preparatorios de dicha relación, como los de aprobación de la contratación y selección de personal- se encuentran sometidos a la normativa laboral y su enjuiciamiento compete a la jurisdicción de dicho orden, de conformidad con lo establecido en el artículo 1, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores y en los artículos 2 y 3 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

En consecuencia, consideramos que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 102 de la LRJPAC, la revisión de oficio en vía administrativa para declarar la nulidad del acto de abono de retribuciones a quien se encuentra vinculado a la Administración por un contrato laboral, no es conforme a derecho, en tanto que se trata de un acto de naturaleza laboral y no sujeto al Derecho Administrativo.

Esta conclusión hace improcedente cualquier pronunciamiento ulterior de este Consejo acerca del carácter tácito o expreso del acto cuya revisión se pretende, de su verdadera identidad y autonomía respecto de otros actos de gestión de la relación laboral o de los actos materiales de ejecución y confección de nóminas, así como del procedimiento seguido para llevar a efecto

la revisión pretendida y de los vicios de legalidad aducidos para iniciar el mismo.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la revisión de oficio planteada para declarar la nulidad del abono de retribuciones a

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.