

Expediente Núm. 105/2009
Dictamen Núm. 155/2009

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 retributivo “Encargado de Turno” 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 Encargado de Turno”, 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 “se designa al trabajador como Encargado de Turno. Dado que no existe dotación de plaza en plantilla, se procede al abono de la diferencia retributiva”. c) Relación de personal en la que figura, entre otros, el interesado en este procedimiento como Encargado de Turno y que el índice de documentos identifica como “acto administrativo que se revisa por el que se abona en nómina el concepto retributivo ‘Encargado de Turno’”. 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, el interesado alega que ostenta

la "categoría de Celador – Encargado de Turno", con una "antigüedad desde el 17-06-1977" y que siempre ha recibido en nómina "el concepto retributivo de 'Especial Responsabilidad'", de "manera ininterrumpida y sin solución de continuidad", incluso después del traspaso de las competencias sanitarias al Principado de Asturias; no habiéndose producido ninguna variación en las funciones que viene desempeñando desde el inicio de su relación laboral. Considera, por tanto, que el concepto retributivo del que ahora se le pretende privar, "constituye un derecho adquirido" y que su percepción "no puede ser eliminada unilateralmente, por aplicación de un elemental principio de seguridad jurídica, y de respeto a la condición más beneficiosa adquirida por el trabajador". A continuación, señala que "la resolución por la que se acuerda iniciar la revisión de oficio del acto causa indefensión", pues en ella se "indica que se trata de un acto nulo por haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, sin embargo no especifica cuál ha sido el órgano que dictó el acto que se pretende revisar", abundando en que, "según la ley, una vez transcurridos cuatro años, solamente se pueden revisar de oficio los actos nulos de pleno derecho" y que le "resulta imposible conocer si (...) efectivamente es nulo por haber sido dictado por órgano incompetente", al desconocer el órgano que lo dictó. Añade que "de cualquier manera (...), se opone a la revisión de oficio del acto administrativo por entender que no concurren los requisitos legales previstos" para iniciarla, "al tratarse de un acto plenamente ajustado a derecho y dictado por órgano competente". Manifiesta también su oposición "a la suspensión cautelar del acto" y entiende que "debe procederse inmediatamente a su normal ejecución" puesto que "tampoco concurren los requisitos necesarios (...) establecidos en el artículo 104 de la Ley 30/92".

Finaliza solicitando que, en base a lo alegado, "se anule y deje sin efecto la resolución de fecha 26-11-2008" y que, subsidiariamente, se levante la suspensión cautelar, reponiendo al actor en el cobro de la cantidad dejada

de percibir, hasta tanto se resuelva el procedimiento.

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” al interesado “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 retributivo “Encargado de Turno” 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:

Coincidentes con las del [Dictamen 0117-09#consideraciones](#)