

Expediente Núm. 114/2009
Dictamen Núm. 164/2009

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 “diferencias retributivas Aux. Administrativo” 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 diferencias retributivas Aux. Administrativo”, 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 “la trabajadora, con vínculo estatutario fijo de plantilla, ostenta la categoría profesional de celadora. Por ausencia de efectivos en el Servicio se designa a esta trabajadora, desde el 16 de diciembre de 2004, para realizar funciones propias de la categoría de auxiliar administrativo, abonándosele las diferencias retributivas entre ambas plazas. No se realiza una promoción interna temporal ya que, si bien la trabajadora figura entre los solicitantes, no le correspondía ser promocionada por este sistema en el momento de la petición realizada por el Servicio, al no figurar la número uno en la lista de promoción interna”. c) Comunicación del Subdirector de Personal del HUCA, de 17 de diciembre de 2004, a la interesada, señalando que “según acuerdo de la Comisión de Dirección de 16-12-04, por persistir la ausencia de un efectivo en el Servicio, continuará prestando servicios en dicho servicio para apoyo a los proyectos relacionados con el sistema de información del hospital (...) hasta el 31 de diciembre de 2005, percibiendo las diferencias retributivas a la categoría de Aux. Administrativo”. 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 que muestra su “total oposición a un acto que supone una mejora de empresa y consolidado retributivamente que va inescindiblemente unido en su retribución al desempeño del cometido funcional que retribuye (...), de tal manera que si cesa la retribución debe cesar, de forma automática, el desempeño de esas funciones”.

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 ‘diferencias retributivas Aux. Administrativo’ 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 “diferencias retributivas Aux. Administrativo” 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 analizan y deducen 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 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.

Pues bien, en el proceso general que nos ocupa, revisor del grado de rigor formal y material de la gestión de personal y retributiva en el seno del organismo, la Administración pretende declarar de oficio la nulidad de un acto, que en algunos casos califica como “presunto”, de abono de un concepto retributivo sin, a su juicio, amparo legal. Con las precisiones y matices que más adelante realizaremos a propósito del procedimiento instruido, el SESPA inicia éste del modo masivo que describiremos y fundando su decisión en la inexistencia de soporte legal para la percepción de la retribución correspondiente por los titulares de determinados puestos de trabajo y en la autorización de dicha percepción por un órgano incompetente o sin respetar el procedimiento establecido.

Como cuestión previa, hemos de dilucidar si estamos ante un acto administrativo sustantivo, expreso o tácito (que no presunto), de reconocimiento del derecho a percibir un determinado concepto retributivo, distinto del acto material de confección de la nómina de haberes (el cual no conlleva creación, modificación o extinción de derechos y cuyos vicios o errores han de ser depurados por el procedimiento singular establecido a tal fin y no por el de revisión de oficio). Con la documentación que se nos ha remitido podemos excluir el mero error material en el abono de los haberes, ya que debemos concluir, con carácter general, que existe un acto expreso de reconocimiento de retribuciones, y no sólo un acto tácito en tal sentido, manifestado mes a mes con el abono de la nómina correspondiente. Tratándose de personal vinculado por una relación funcional, ya sea la ordinaria, ya la especial del personal estatutario, el acto estaría sujeto al Derecho Administrativo, en los términos de lo dispuesto en la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias (artículos 5 y 45); en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre (artículo 1); en la Ley 7/2007, de 12 de

abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 2), y en la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias (artículo 1).

En este sentido, cabe recordar que el Tribunal Supremo, Sala Especial de Conflictos de Competencia, en Auto 8/2005, de 20 de junio, ha destacado que el referido Estatuto Marco del Personal Estatutario ha completado la previsión del artículo 84 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y configura la relación del personal estatutario con la Administración sanitaria "a través de los distintos Servicios de Salud, como una relación funcionarial, es decir, una relación de naturaleza claramente administrativa, cuya generación, desarrollo, efectos y extinción se sujeta al Derecho Administrativo y, en consecuencia, los conflictos que surjan entre las partes, por su naturaleza administrativa, quedan sujetos a la revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con las previsiones generales de la Ley Orgánica del Poder Judicial (...) y la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción (...), y por exclusión de las competencias del orden jurisdiccional social".

Asimismo, a tenor de los antecedentes remitidos a este Consejo, hemos de entender que el acto objeto del procedimiento es firme en vía administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Por tanto, el procedimiento de revisión de oficio iniciado sí se manifiesta sobre un objeto que le es propio.

Ahora bien, el acto declarativo del derecho es, en la práctica totalidad de los supuestos de aplicación singular de este procedimiento general de restablecimiento del buen orden y de la legalidad, fruto y consecuencia de un acto de gestión de personal (de nombramiento, asignación de funciones o modificación de las condiciones de trabajo) al que va unido de forma indisoluble, y, por ende, los eventuales vicios de que adolezca no podrían ser enjuiciados al margen, o con independencia, del acto que determina la correspondiente asignación retributiva.

Por otra parte, sentado el respeto a los requisitos generales exigidos,

hemos de recordar que el artículo 106 de la referida LRJPAC establece una serie de límites al disponer que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada “cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

En el caso que examinamos, el modo y cauce global en que se ha iniciado el procedimiento determina que se identifique de forma incorrecta el acto declarativo de derechos que presuntamente está viciado de nulidad radical o de pleno derecho. La confusión, prácticamente general, de un acto de asignación de retribuciones con un acto de gestión de la relación jurídica que vincula al ente y a su personal -que conlleva un juicio parcial sobre la competencia del órgano llamado a adoptarlo y sobre el procedimiento establecido para ello- implica también, de modo inexorable, una insuficiente valoración del respeto a los límites expuestos. Por tanto, sin perjuicio de las consecuencias que quepa extraer al respecto al analizar el procedimiento instruido y, en su caso, las causas de nulidad invocadas, carecemos de elementos de juicio que nos permitan afirmar que no se exceden los límites legalmente impuestos al alcance de la revisión, y en particular los derivados del respeto a la equidad y a la buena fe de las partes en la relación jurídica de servicios.

Lo expuesto no ha de impedir a este Consejo poner de manifiesto la evidencia de notables irregularidades de orden administrativo (que afectarían al ejercicio de las competencias propias por los distintos órganos del SESPA y a la incorrecta aplicación de las disposiciones anuales sobre retribuciones) -ni hacer cesar a la Administración en su empeño de depurarlas-, pero sí merma la extensión de nuestro pronunciamiento y condiciona cualquier juicio que podamos realizar sobre la gravedad de los vicios aducidos y, en último extremo, sobre la concurrencia de aquéllos de la entidad necesaria para apreciar una nulidad radical que justifique el excepcional procedimiento revisor que es objeto de consulta, ya que no cabe olvidar que no toda infracción del ordenamiento jurídico es causa de nulidad.

Por otra parte, este Consejo ya ha manifestado con ocasión de una consulta anterior en un procedimiento de análoga naturaleza aunque con distinto objeto, reproduciendo doctrina del Consejo de Estado, que los repetidos límites a la revisión de oficio impuestos por artículo 106 de la LRJPAC tienen distinta proyección según que la anulación pretendida derive de una causa grosera y visiblemente torpe o de otros impedimentos que no puedan reputarse abruptos o notorios. En el primer caso, estando ante una exigencia de general aplicación y conocimiento, no cabría limitar el alcance de la revisión por razones de equidad y buena fe. En el segundo, por el contrario, los efectos de la revisión de oficio deberían limitarse.

Así, no procedería restringir el alcance de la revisión en todos aquellos casos en que la carencia determinante de la nulidad sea visiblemente torpe, sin que pueda ampararse en la buena fe a quien obra precisamente en contra de sus dictados, ni en la equidad a quienes eluden su respeto en flagrante vulneración de los derechos de terceros. A título meramente ilustrativo, en el concreto procedimiento que es objeto del expediente que examinamos, sobre abono de diferencias retributivas de Auxiliar Administrativo, se pone de manifiesto que “según acuerdo de la Comisión de Dirección de 16-12-04, por persistir la ausencia de un efectivo en el Servicio de Informática, continuará prestando servicios en dicho servicio para apoyo a los proyectos relacionados con el sistema de información del hospital (...) hasta el 31 de diciembre de 2005, percibiendo las diferencias retributivas a la categoría de Aux. Administrativo”. En informe emitido al respecto, sobre justificación del abono, se detalla que la empleada afectada ostenta la categoría de celadora y que, por ausencia de efectivos, se la designa para realizar funciones propias de la categoría de auxiliar administrativo abonándole las diferencias retributivas correspondientes, explicitando el informante que “no se realiza una promoción interna temporal ya que, si bien la trabajadora figura entre los solicitantes, no le correspondía ser promocionada por este sistema en el momento de la petición realizada por el Servicio de Informática, al no figurar la número uno en la lista de promoción interna”.

Finalmente, con arreglo a lo establecido en el artículo 102.5 de la LRJPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de tres meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Dada la fecha de la resolución de incoación adoptada por la Gerencia del SESPA, una vez transcurridos los tres meses, habría de declararse por aquélla la caducidad del procedimiento. No obstante, la Administración sanitaria ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución hasta la emisión de dictamen por este Consejo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC, por lo que, sin conocer la fecha de notificación a la persona interesada de la referida suspensión del plazo y de la petición de dictamen a este Consejo (atendida la fecha de la consulta efectuada por V. E.), hemos de entender que no ha transcurrido el plazo máximo legalmente establecido, debiendo reanudarse su cómputo el día de recepción de este dictamen.

QUINTA.- En relación con la tramitación del procedimiento de revisión de oficio, debe recordarse que la configuración del procedimiento administrativo como instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, en garantía de la legalidad y de la defensa procedimental de los derechos del interesado, debe analizarse si se cumplen o no los trámites fundamentales del procedimiento.

En tal sentido, debemos comenzar por examinar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio, teniendo en cuenta que la LRJPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a efectuar una referencia al “órgano competente”. El artículo 25.1 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, dispone que “La revisión de oficio de las disposiciones y actos nulos se realizará por el órgano autor de la disposición o del acto”. Una interpretación estrictamente literal del precepto anterior nos llevaría a entender que

resultarían competentes para iniciar el procedimiento cada uno de los diferentes autores de los actos que se reputan nulos, interpretación inconsistente si reparamos en que, en la mayoría de los supuestos sometidos a nuestro dictamen, se persigue la nulidad de actos por entender que fueron dictados por un órgano manifiestamente incompetente. Además, los procedimientos que analizamos se enmarcan, tal y como hemos descrito en nuestra tercera consideración, dentro de un proceso de restablecimiento general de la legalidad administrativa, por lo que, aunque falta en el ordenamiento del Principado de Asturias una previsión equivalente a la disposición adicional decimosexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, cabe entender que en tal supuesto resulta competente la Dirección Gerencia del SESPA para iniciar y resolver los procedimientos de revisión de oficio de los actos dictados por los órganos de ella dependientes, teniendo en cuenta su condición de órgano rector del organismo y las funciones que le atribuye el artículo 15, apartado 1, de la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias. En efecto, este artículo asigna al mencionado órgano, entre otras facultades: “c) La dirección, gestión e inspección interna de la totalidad de las actividades y servicios del Servicio de Salud (...). g) Autorizar los gastos corrientes, los gastos de inversión cuya cuantía no exceda de un millón de euros y ordenar los pagos del Servicio de Salud (...). j) Asumir la dirección del personal del Servicio de Salud”, función esta última entre las que se incluye, según el apartado 2 del mismo artículo 15, dictar los “actos administrativos y de gestión ordinaria del personal no atribuidos a otros órganos”, respecto del “estatutario y laboral adscrito a dicho Servicio”.

En definitiva, no alberga duda este Consejo Consultivo respecto de la competencia de la Gerente del SESPA para iniciar y resolver los procedimientos de revisión de oficio de actos, como los sometidos a nuestra consideración, que afectan al régimen retributivo del personal al servicio del SESPA, con la salvedad de aquél que pudiera estar vinculado por una relación funcionarial, en cuyo caso habrá de tenerse en cuenta, además de lo señalado, el régimen

competencial dimanante de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias.

Al margen de lo anterior, este Consejo debe dejar constancia, también con carácter general, de la deficiente instrucción de los procedimientos sometidos a consulta, consideración genérica que, por las razones que expondremos a continuación, se comunica y vicia cada uno de los procedimientos particulares, aunque alguno de los defectos concretos que citemos pudiera no concurrir en todos ellos.

Podemos adelantar, a modo de conclusión general, que el órgano instructor no realizó los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debiera pronunciarse la resolución, tal y como establece el artículo 78.1 de la LRJPAC, y ello por dos motivos fundamentales: no se incorporaron al procedimiento informes necesarios y no se resolvió el trámite de audiencia de modo adecuado.

Con relación a la instrucción del procedimiento, hemos de comenzar por destacar que, en puridad, ningún acto de instrucción propiamente dicho se ha incorporado al mismo. El único informe evacuado por el Servicio Jurídico del SESPA es anterior a la propuesta de inicio del procedimiento, y responde a la previsión del artículo 69.2 de la LRJPAC, según la cual, "Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento".

Ahora bien, si reparamos en lo que informa ese Servicio Jurídico, hemos de convenir que sus conclusiones poco aportan al órgano administrativo de cara a la necesaria valoración de la "conveniencia o no de iniciar el procedimiento", dado que la conclusión única, idéntica para cada uno de los ciento noventa y siete expedientes que analizamos, es 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 artículo 62 de la LRJPAC. Tan genérica invocación a varios motivos de nulidad diferentes impide al órgano instructor elaborar con el necesario rigor la resolución de inicio, que, es bien sabido, debe señalar con

precisión cuál es el acto administrativo que se reputa nulo, y cuál el motivo concreto de esa presunta nulidad.

Además, el propio informe menciona que se realiza “sin perjuicio de lo que resulte ulteriormente de la instrucción del procedimiento de oficio”, presuponiendo unos actos de instrucción posteriores, que a la postre no se realizaron; actos de instrucción entre los que ha de incluirse, precisamente, el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 82 de la LRJPAC, que prescribe que deben incorporarse al procedimiento, a efectos de su resolución, los informes que resulten “preceptivos por disposiciones legales”. Y en este caso resulta aplicable el Decreto 20/1997, de 20 de marzo, por el que se regula la Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, que exige, en su artículo 6, el informe preceptivo del mismo en los supuestos de “f) Revisión de oficio de los actos administrativos”. En ninguno de los supuestos que analizamos se incorpora al procedimiento este informe -o el equivalente emitido por el Servicio Jurídico propio del SESPA-, sino que el que se realiza lo es en una fase anterior a su inicio.

En todo caso, y sin necesidad de ahondar más en esta cuestión, es cierto que el informe jurídico genérico, idéntico en sus consideraciones en todos y cada uno de los procedimientos iniciados, no cumple la función básica que ha de exigírsele a todo acto de instrucción, cual es la de proporcionar elementos de juicio necesarios en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución administrativa.

Lo anterior, predicable de todos los procedimientos individuales sometidos a nuestra consulta, resulta de aplicación al caso concreto que dictaminamos, y alcanza singular trascendencia cuando se pone en relación con el trámite de audiencia practicado.

Un examen exhaustivo de los expedientes sometidos a consulta nos lleva a concluir que no se dio cumplimiento a dicho trámite, previsto en el artículo 84 de la LRJPAC, dado que por tal no puede considerarse la mera formalización del ofrecimiento de alegaciones a los interesados (por cierto, sin que conste el de

la "vista" del expediente), que se realizó, en todos los supuestos que analizamos, por el mero traslado de la propuesta de inicio del procedimiento. Con ello se incumple materialmente dicho trámite, puesto que la resolución de inicio no identifica con precisión ni el acto ni el motivo de la presunta nulidad, lo que compromete las posibilidades reales de defensa de los interesados. En segundo lugar, tal y como hemos puesto de manifiesto en dictámenes anteriores, dicho trámite no se satisface cuando la Administración se limita a "oír sin escuchar, porque cuando despacha rutinariamente no permite a los afectados participar materialmente en el procedimiento". Y esto es lo que sucede cuando el trámite consiste, como en todos los casos que se someten a nuestro dictamen, en la mera incorporación de los escritos de alegaciones al procedimiento, sin que nadie analice y deduzca las conclusiones correspondientes a los argumentos manejados. Siendo cierto que en algunos procedimientos los interesados no presentaron alegaciones, no lo es menos que en la mayoría de esos casos, tratándose de procedimientos incoados por idénticas consideraciones al respecto de un complemento retributivo concreto en el marco del proceso revisor general al que repetidamente nos hemos referido, las efectuadas por cualquiera de esos interesados debieran haber sido "utilizadas" por la Administración para "determinar, conocer y comprobar" los datos en virtud de los cuales habría de resolver. Al no haberlo hecho así, desconoció una información que, junto con la que debieron aportarle los actos de instrucción, hubiera evitado el error fundamental que vicia la práctica generalidad de los procedimientos incoados, y es que la Administración, pretendiendo suprimir la percepción de determinados conceptos retributivos que afectan a una multitud de interesados, por juzgarlos nulos, confunde generalmente las causas o razones que se encontrarían en el origen de tal asignación retributiva -por lo general, la asignación de unas funciones determinadas- con el concepto mismo, lo que nos lleva a estimar que no identifica con la mínima precisión exigible el acto administrativo que reputa nulo y cuya revisión es objeto del procedimiento sometido a consulta.

Teniendo en cuenta el tratamiento general y el origen de los procedimientos incoados -informes de la Intervención y acuerdos adoptados por la Junta General del Principado de Asturias, incorporados a alguno de los procedimientos-, cabría entender como suficientemente motivada la resolución de inicio, pese a la errónea identificación del acto. Sin embargo, dada la ausencia de instrucción, los errores de esa resolución de inicio se comunicaron indiscriminadamente a la propuesta de resolución objeto de nuestro estudio, hasta el punto de hacerla jurídicamente inviable, dado que yerra, en multitud de procedimientos, en un elemento cardinal, cual es la identificación del acto administrativo que se considera nulo y por ende en la motivación que la sustenta. En efecto, como ya hemos adelantado, a lo largo del análisis de los ciento noventa y siete expedientes remitidos constatamos que la Administración se refiere a un sinfín de denominaciones de conceptos retributivos, considerando que en la asignación de todos ellos concurren una o varias causas de nulidad, invocando generalmente las letras b), e) y f) del apartado 1 del artículo 62 de la citada LRJPAC. Sin embargo, en alguno de los supuestos en los que los datos incorporados nos permiten comprobar la existencia de esa percepción económica concreta, observamos que no existe el concepto retributivo al que se refiere la Administración, y verificamos también que, en muchos de esos procedimientos, ora los informes internos de la propia Administración anteriores a la resolución de inicio, ora las nóminas que se adjuntan, donde no consta tal concepto retributivo, sino otros distintos, o incluso las propias alegaciones de los interesados, advertían al órgano instructor del error padecido en la resolución mencionada. La tramitación subsiguiente, que no dudamos en calificar de apresurada, dado el modo masivo en que se produce, impidió al órgano gestor salvar el error, lo que hace jurídicamente inviable la continuación del procedimiento.

A título meramente ilustrativo de lo que consideramos un vicio prácticamente generalizado, podemos citar los siguientes procedimientos:

- Expediente Núm. 135/2009, Unidad de Hospitalización a Domicilio del Hospital de Cabueñes. Tanto la resolución de inicio como la propuesta de

resolución aluden al concepto de "Atención Continuada", por el que se abonan "48 horas/mes/Facultativo, por prolongación de jornada", mientras que en las nóminas incorporadas al procedimiento no figura dicho concepto retributivo, sino el de "Productividad Fija Trans." Incluso el propio extracto de Secretaría, suscrito el 28 de enero de 2009, aclara que el abono se realiza "bajo el epígrafe retributivo Productividad Fija Transitoria", cuando, como acabamos de señalar, los actos administrativos se refieren al concepto de "Atención Continuada".

- Expediente Núm. 71/2009, sobre el concepto retributivo "Plus Secretarías Dirección". Tanto en la resolución de inicio como en la propuesta de resolución se hace referencia al abono de un plus denominado "Secretarías Dirección". El propio interesado, en un escrito de alegaciones dirigido al Gerente del HUCA con fecha 30 de diciembre de 2008, manifiesta que "no viene percibiendo el concepto de plus de secretarías de dirección, sino que, en base a su categoría profesional y al puesto de trabajo que actualmente desempeña, fue específicamente configurado al efecto un complemento especial por sus singulares exigencias de responsabilidad y disponibilidad". El extracto de Secretaría sigue manteniendo que los abonos se realizan "en concepto de 'Plus Secretarías Dirección'".

- Expediente Núm. 149/2009, referido al concepto retributivo "Complemento Coordinación Jefe Servicio". La resolución de inicio, de fecha 26 de noviembre de 2008, señala que "desde junio-05 se viene abonando en nómina el concepto retributivo `Complemento Coordinación Jefe de Servicio´". Sin embargo, en el informe del Subdirector de Gestión del HUCA, de fecha 15 de noviembre, y por tanto anterior a dicha resolución, se aclara que "hoy tras la instauración del programa de nóminas Asturcón XXI el concepto se denomina Especial Responsabilidad". Incluso se ha incorporado el "acto administrativo" de concesión del complemento en cuestión, suscrito por el Gerente del HUCA el día 20 de junio de 2005, momento en el que el concepto se denominó "A. Continuada Especial Dedicación". La propuesta de resolución continúa, pese a todo, haciendo mención a un concepto retributivo que no parece existir, el de "Complemento Coordinación Jefe de Servicio".

- Expediente Núm. 96/2009, sobre el concepto retributivo "Reuniones Comité Ético". Así se expresa la resolución de inicio, de fecha 26 de noviembre de 2008, sin reparar que el informe del Subdirector de Gestión del HUCA se refiere al "abono de módulos de guardia por las actividades realizadas en dicho comité". Sin embargo, el propio interesado presenta un escrito de alegaciones aclarando, el día 10 de diciembre de 2008, que "desde enero de 2005" se le abona "en concepto de Atención Continuada inicialmente y en concepto de Especial Responsabilidad en el último año" una determinada cuantía. La propuesta de resolución, ignorando tales precisiones, sigue instando la declaración de nulidad del concepto retributivo "Reuniones Comité Ético".

- Expediente Núm. 227/2009, relativo a "Funciones de Supervisor General". La resolución de inicio, fechada el día 17 de diciembre de 2008, señala que se viene abonando el concepto retributivo "Funciones de Supervisor General" a un determinado colectivo, entre ellos al interesado en este procedimiento. El informe previo del Subdirector de Gestión del HUCA, de 2 de diciembre de 2008, se refiere al complemento retributivo indicando que "tras la instauración del programa informático Asturcón RRHH se comienza a abonar esa diferencia en el plus 'Especial Responsabilidad' al no permitir el programa el pago por otro concepto". Además el interesado presenta varios escritos de alegaciones: en uno de ellos advierte que viene cobrando el concepto especial responsabilidad "desde octubre de 2007 cuando se produjo un cambio de formato de la (nómina), sustituyendo directamente, y sin justificación conocida, al concepto retributivo 'Atención Continuada' que (...) se integraba durante años en mi nómina"; en otro, dirigido al Gerente del HUCA, subraya, refiriéndose a la resolución de inicio, que "se afirma que al trabajador (...) se le abona en nómina el concepto retributivo 'Funciones de Supervisor General', lo cual no es cierto y, a pesar de ello, ha generado la apertura de un expediente./ Dado que en mi nómina no figura el citado concepto retributivo, deseo que quede constancia de lo mismo con el fin de que dicho expediente sea sobreseído". Aún así, la propuesta de resolución que se somete a nuestra

consideración sigue refiriéndose al abono del “concepto retributivo ‘Funciones de Supervisor General’”.

Lo que dejan traslucir estos ejemplos, junto con otros muchos que resultaría prolijo detallar, es que en la inmensa mayoría de los procedimientos analizados el órgano instructor confunde la función que se encomienda a determinados empleados públicos, y en virtud de la cual, con mayor o menor justificación, y también con mayor o menor escrúpulo formal, se les habría asignado un complemento retributivo, con el propio concepto abonado, pretendiendo en esos casos declarar la nulidad de la percepción de un concepto retributivo inexistente.

En definitiva, la deficiente instrucción del procedimiento conlleva que la propuesta de resolución carezca de motivación y, en fin, que este Consejo no pueda ejercer su función consultiva sin violentar la naturaleza misma de su intervención, dado que habría de sustituir la inactividad de la Administración proveyendo que se practicasen los actos de instrucción omitidos, a fin de comprobar una a una cuáles son en realidad las percepciones que considera han de anularse y en qué medida incurren en alguno de los casos enunciados en el artículo 62 de la LRJPAC.

Procede en consecuencia la retroacción del procedimiento (sin perjuicio de que de haber operado la caducidad deba ordenarse su archivo y, en su caso, un nuevo inicio), que habrá de completarse, con carácter previo al trámite de audiencia de los interesados, con los actos de instrucción que se precisen para “la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”, entre los cuales resulta obligado el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias -o en su caso el del Servicio propio del SESPA-, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6, apartado f), del Decreto 20/1997, de 20 de marzo, por el que se regula la Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, en relación con lo que establece el artículo 82 de la LRJPAC.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no es posible, en el estado actual del procedimiento, un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada y que, por ello, debe retrotraerse el procedimiento a fin de cumplimentar cuanto queda expuesto en el cuerpo de este dictamen, y, una vez subsanados los defectos procedimentales advertidos y formulada nueva propuesta de resolución, recabar de este Consejo Consultivo su preceptivo dictamen.”

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.