

Expediente Núm. 141/2009  
Dictamen Núm. 191/2009

**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 9 de diciembre de 2008, del “acto de ‘adjudicación de promedio de atención continuada’ y el abono del concepto de Especial Responsabilidad” a .....

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de 9 de diciembre 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 de adjudicación de promedio de

atención continuada y de percepción del concepto de ‘Especial Responsabilidad’, señalando en los antecedentes que “dichos abonos vienen amparados por la Resolución de acto presunto de fecha 15-04-2002”, y en los fundamentos de derecho que dicho acto incurre “en la causa de nulidad prevista en el apartado (sic) b) y e) del artículo 62 de la Ley 30/1992, al haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente, sin seguir el procedimiento legalmente establecido”.

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

2. Se han incorporado al procedimiento los siguientes documentos: a) Escrito sin datar del Gerente del Hospital ..... (en adelante hospital), identificado en el índice como “antecedentes de hecho del acto administrativo presunto”, en el que se indica que el hospital “no cuenta en su plantilla orgánica con dotación de ‘Bibliotecario’ o responsable de Biblioteca” y que “este déficit se suplió, a partir del 15 de abril de 2002, con la adscripción a la Unidad de Docencia , Calidad e Investigación de un Celador con titulación del grupo A y formación específica en archivo y biblioteconomía”. Para ejercer las nuevas funciones, el Celador pasó de un turno rotatorio a uno fijo, manteniéndose en su categoría profesional, sin sufrir alteración en sus retribuciones básicas, y “ya que la asunción de las nuevas responsabilidades no suponen una mejora retributiva, se procura que (...) no supongan una merma económica”, por lo que “se determina el mantenimiento del promedio de atención continuada (noches y festivos) que venía percibiendo hasta ese momento. Este abono se transforma posteriormente en Productividad Variable, atendiendo las recomendaciones de los informes de Intervención./ A partir de mayo de 2007, fecha en la que se implanta el programa Asturcon”, se sustituye dicho concepto retributivo por el de “‘Especial Responsabilidad’ existente en otras Gerencias”. Añade que “los sucesivos informes de la Intervención General del Principado (...) ponen de

manifiesto (...) la no adaptación del abono de Productividad Variable a los procedimientos legalmente establecidos para su determinación” y, posteriormente, “la no adaptación de la Especial Responsabilidad a los conceptos retributivos recogidos en el Decreto 5/2008”. Estas objeciones fueron “comunicadas a los Servicios Centrales del SESPA que, en el (...) mes de noviembre (de) 2008, recomienda no mantener el abono del citado concepto”. Por último, señala que “para subsanar las deficiencias que la desaparición del concepto de ‘Especial Responsabilidad’ genera (...), se ha solicitado la creación en plantilla orgánica de una plaza de Bibliotecario (grupo A/B)”. b) Solicitud de informe, de fecha 27 de noviembre de 2008, que el Gerente del hospital remite al Servicio Jurídico del SESPA. c) Documento identificado en el índice como “acto administrativo que se revisa”, que consiste en un escrito de la “Dirección Gerencia” del hospital, de fecha 19 de abril de 2002, en el que se comunica al “Servicio de Personal – Contrataciones” que con esa misma fecha “el Celador (el interesado) pasa de Urgencias a la Unidad de Calidad, Docencia e Investigación, y a partir de la nómina de mayo deberán abonarle el promedio de noches y festivos correspondientes al año 2001 (abril de 2002 cobraría lo previsto)”. d) Folios 9 y 10 del “informe definitivo de auditoría de control financiero permanente de la Intervención General del Principado de Asturias en relación con los gastos de personal del mes de marzo de 2008”. e) Nómina del interesado relativa al mes de mayo de 2008. f) Informe del Jefe del Servicio Jurídico del SESPA, de fecha 27 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 “en ningún caso” la asignación de la retribución cuestionada puede considerarse un

acto nulo de pleno derecho, que “a lo sumo, no dejaría de ser un acto meramente anulable”. Aduce que “tampoco es de recibo la suspensión (...) del acto de abono de la citada retribución, por cuanto sólo procede en aquellos casos en que pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación (...), porque no se trata más que de cuestión económica, y ello desde luego y más para la Administración, no constituiría para el caso de estimar la petición de nulidad” ese tipo de perjuicio. Añade que el hecho de que no exista dotación presupuestaria para la plaza de Bibliotecario “no implica” que ésta no exista, dado que ha estado ocupada por él desde 2002, por lo tanto, “la plaza existe y con contenido”. Considera, por ello, que desde esa fecha “tendría que haber sido dotada presupuestariamente, ya que hasta el momento actual y con el pago de poco más de 231 € mensuales se viene cubriendo un servicio que a la Administración le supondría muchísimo más dinero, lo que demuestra el enriquecimiento injusto causado, por cuanto ve cumplido un servicio sin contraprestación” o con una “muchísimo más pequeña que la real para dicha plaza de grupo A”.

Finaliza solicitando se dicte resolución por la que determine “que no procede la declaración de nulidad de pleno derecho del acto administrativo que se pretende, y mucho menos, la suspensión del abono de las retribuciones al suscribiente”.

**4.** Sin que conste fecha, 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 de ‘adjudicación de promedio de atención continuada’ y el abono del concepto de Especial Responsabilidad, incurso en causa de nulidad de pleno derecho consistente en haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente y no seguir el procedimiento legalmente establecido, previstas en el apartado (*sic*) b) y e) 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 13 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen, junto con otros diecisiete, sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del “acto de ‘adjudicación de promedio de atención continuada’ y el abono del concepto de Especial Responsabilidad” 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](#)