

Expediente Núm. 352/2010
Dictamen Núm. 44/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 3 de febrero de 2011, 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 16 de diciembre de 2010, examina el expediente de revisión de oficio incoado por Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias al objeto de declarar la nulidad de la Resolución del mismo órgano de 25 de febrero de 2008, en cuanto reconoce a un grado de carrera profesional sin que ostente la condición de personal fijo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 25 de febrero de 2008, la Directora Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA) resuelve el procedimiento de encuadramiento en el grado correspondiente de carrera profesional para el personal licenciado y diplomado sanitario de las instituciones sanitarias del

Sespa en su fase de implantación y régimen transitorio. En dicha Resolución (publicada en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 29 de febrero) se encuadra a la afectada por la revisión que ahora se tramita en el grado III de carrera profesional.

Obra en el expediente una copia parcial de los Boletines Oficiales en los que se publica la mencionada Resolución y la de la convocatoria del referido proceso (de 13 de febrero de 2007), en cuya base segunda se establece que podrá solicitar el encuadramiento en el grado correspondiente el personal estatutario sanitario de instituciones sanitarias del Sespa, de las categorías de licenciados y diplomados sanitarios, que a fecha 1 de enero de 2007 tenga la condición de fijo. Consta igualmente una copia del Boletín Oficial en el que se recoge la Resolución de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de 27 de diciembre de 2006, sobre la carrera y desarrollo profesional de los empleados públicos del Principado de Asturias, suscrito por la Administración del Principado de Asturias y las organizaciones sindicales miembros de la Mesa General de Negociación. Según se relata en esta última Resolución, el referido Acuerdo, del que trae causa la decisión ahora impugnada, fue aprobado por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias en su reunión de 28 de diciembre de 2006. En su anexo I-I recoge este Acuerdo lo relativo a la "carrera profesional del personal estatutario licenciado sanitario", puntualizándose en el apartado tercero, bajo la rúbrica "ámbito de aplicación", que el sistema de carrera profesional se aplicará a los licenciados "que tengan una vinculación estatutaria de carácter fijo". En el apartado séptimo del mismo anexo se señala que será requisito "para el encuadramiento en cada uno de los grados (...) ostentar la condición de personal estatutario fijo", exceptuándose en el ordinal 5 del referido apartado el supuesto en que "la Administración no convocara un proceso de Oferta Pública de Empleo para licenciados sanitarios" antes de "finalizar el periodo transitorio de implantación del sistema", en cuyo caso el personal que sume cinco años de interinidad podrá acceder a los beneficios retributivos de la

carrera profesional, si bien el acceso al grado no se le reconocerá hasta que acceda a la condición de personal estatutario fijo.

2. Mediante Resolución de la Directora Gerente del Sespa de 5 de octubre de 2010, notificada el día 8 del mismo mes, se ordena la incoación del procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo por el que se encuadra a la interesada en el grado III de carrera profesional, toda vez que aquella no ostenta la condición de personal estatutario fijo y “la ausencia de este requisito esencial vicia de nulidad de pleno derecho el acto objeto de revisión, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1, letra f), del artículo 62 de la Ley 30/1992”.

3. A petición del Director de Recursos Humanos y Financieros del Sespa, con fecha 29 de octubre de 2010, libra informe una Letrada del Servicio Jurídico de dicho ente. En él, tras observar algunos defectos formales en la tramitación del procedimiento, se concluye que la interesada fue encuadrada en el grado correspondiente sin cumplir uno de los requisitos esenciales para acceder a la carrera profesional, que es el de ostentar la condición de personal estatutario fijo.

4. Durante la instrucción se incorpora al expediente la siguiente documentación: a) Certificación de los servicios prestados por la facultativa en el Hospital, a fecha 6 de abril de 2010, constando expresamente el vínculo de “estatutario interino”. b) Sentencia del Juzgado de lo Social N.º 2 de Oviedo, de 1 de octubre de 1998, por la que se declara improcedente el despido de la reclamante. c) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 15 de febrero de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la exclusión del personal temporal estatutario de la percepción del complemento de carrera profesional, y en cuyos fundamentos de derecho se aduce que la ley limita

dicho complemento retributivo al personal fijo, y ello “no supone violación del principio de igualdad, pues como tiene declarado el Tribunal Constitucional, en el Auto de 9 de mayo de 2005, para que exista tal violación es preciso que los términos de comparación sean iguales, lo que no ocurre en el caso de autos entre el personal estatutario fijo y el temporal, ni por su forma de nombramiento, ni por la naturaleza de su condición”. d) Nóminas de la afectada, relativas al periodo durante el cual viene percibiendo las retribuciones correspondientes al complemento de carrera profesional (desde 1 de octubre de 2007 hasta 31 de octubre de 2010).

5. Evacuado el trámite de audiencia mediante escrito notificado a la interesada el día 11 de noviembre de 2010, no consta que esta haya presentado alegaciones.

6. Con fecha 30 de noviembre de 2010, el Director de Recursos Humanos y Financieros del Sespa formula propuesta de resolución. En ella destaca que todo el desarrollo de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud -incluyendo los principios y criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional de los diferentes servicios de salud, aprobados por la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, y el Acuerdo de 27 de diciembre de 2006 sobre la carrera y desarrollo profesional de los empleados públicos del Principado de Asturias-, vincula el sistema de carrera a la condición de personal fijo.

7. A petición del instructor, una Letrada del Servicio Jurídico del Sespa elabora un nuevo informe, con fecha 3 de diciembre de 2010, en el que manifiesta su conformidad con la propuesta de resolución.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 16 de diciembre de 2010, registrado de entrada el día 22 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de la Dirección Gerencia del Sespa, de fecha 25 de febrero de 2008, por la que se resuelve la convocatoria de solicitud de encuadramiento en el grado correspondiente de carrera profesional para el personal licenciado y diplomado sanitario, en cuanto reconoce un grado a una facultativa que no ostenta la condición de personal fijo, adjuntando a tal fin el expediente tramitado, en parte original y en parte autenticado.

Con posterioridad, se ha remitido a este Consejo copia simple de la Resolución del Director de Recursos Humanos y Financieros del Sespa de 17 de diciembre de 2010, por la que se dispone “la suspensión del plazo de tres meses para dictar Resolución durante el tiempo que medie entre la solicitud del preceptivo dictamen (...) y la evacuación del mismo”, junto con la notificación a la interesada de este acto el día 28 de diciembre de 2010.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo del Principado de Asturias 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.- 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, toda vez que un organismo de derecho público perteneciente a la Comunidad Autónoma ha dictado el acto cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, 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”.

No obstante, el artículo 106 de la referida LRJPAC establece 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, entendemos que no concurre en el procedimiento ninguno de los citados supuestos pues, tal como ha manifestado este Consejo con ocasión de otros procedimientos de análoga naturaleza, los 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, y, en el primer caso, estando ante una exigencia de general aplicación y conocimiento, no cabe limitar el alcance de la revisión por razones de equidad y buena fe. Al respecto, hemos de reparar en que el acto sometido a revisión no es el de asignación de retribuciones -que habría que valorar en un entorno más complejo, tomando en consideración la tardía efectividad del proceso selectivo comprometido por la Administración-, sino un

acto de gestión de personal consistente en el reconocimiento de un cierto grado de carrera profesional desconociendo la naturaleza temporal de la relación jurídica que vincula al ente y a la facultativa, ello sin perjuicio de que sus eventuales vicios se comuniquen al complemento retributivo correspondiente.

Por otro lado, 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. Comoquiera que la Directora Gerente del Sespa adoptó el acuerdo de incoación el día 5 de octubre de 2010, una vez transcurridos los tres meses habría de declararse por aquel órgano la caducidad del procedimiento. No obstante, a tenor de la documentación que -aunque en copia no averada- nos ha sido remitida, se 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, dada la fecha de notificación a la interesada de la referida suspensión -el día 28 de diciembre de 2010, y que es la que ha de tomarse como referencia por ser posterior a la de petición del dictamen-, hemos de entender que no ha transcurrido el plazo máximo legalmente establecido, debiendo reanudarse su cómputo el día de recepción de este dictamen.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que este se configura como instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de analizar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

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", faltando en el ordenamiento autonómico una previsión que residencie esa competencia en un orden jerárquico, al modo de la disposición adicional decimosexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Cabe, en suma, entender que en el ámbito que nos ocupa resulta competente la Dirección Gerencia del Sespa para iniciar y resolver los procedimientos de revisión de oficio de los actos dictados por dicho órgano -y por los dependientes de ella-, teniendo en cuenta su condición de autor del acto impugnado y de órgano rector del Sespa, con las funciones que le atribuye el artículo 15 de la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias, entre las cuales figura (apartado 2 del citado precepto) la de 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 Directora Gerente del Sespa para iniciar y resolver los procedimientos de revisión de oficio de actos, como el sometido a nuestra consideración, que afectan al régimen del personal estatutario al servicio de este ente.

Con relación a la instrucción del procedimiento, estimamos que se han observado sus requisitos esenciales, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente a la perjudicada, se ha adoptado un acuerdo de iniciación y se han elaborado dos informes y una propuesta de resolución que responden a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 54.1.b) de la LRJPAC.

Advertimos, no obstante, de la concurrencia de algunas irregularidades formales. Así, no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar

a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, los efectos que pueda producir el silencio administrativo, puesto que, si bien se reproduce en la comunicación practicada el precepto regulador de los efectos de la falta de resolución expresa, lo que la ley exige es la concreción *ad casum* del sentido del silencio. Tampoco procede la incorporación de un informe jurídico con posterioridad al trámite de audiencia -y a la propia propuesta de resolución-, sin perjuicio de que ello no obste a la validez de lo actuado por cuanto ya obra en el expediente un primer informe que coincide en sustancia con el extemporáneo. Es igualmente viciosa la práctica de desgajar el original del expediente, formándose con una parte de este (actos posteriores al trámite de audiencia) y con copia de la otra (resolución de inicio e informes), toda vez que la alternativa que la ley reguladora de este Consejo permite -el traslado del original o de una copia autenticada- se refiere al conjunto de lo actuado, cuya integridad padece al parcelarse.

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, en el supuesto que nos ocupa se plantea la nulidad de pleno derecho del reconocimiento de un grado de carrera profesional a una facultativa que no ostenta la condición de personal fijo.

La revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, constituye un procedimiento excepcional. Este cauce 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 interpretación de los supuestos objeto de revisión de oficio, establecidos en el artículo 62.1 de la LRJPAC, debe ser restrictiva; de lo contrario perdería efectividad la garantía que entraña la diferenciación entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables y su sometimiento a regímenes jurídicos de anulación distintos.

Con carácter previo, hemos de puntualizar que nos encontramos ante un acto administrativo, toda vez que el artículo 102.1 de la LRJPAC restringe la

revisión de oficio a los actos de esta naturaleza. Pues bien, sentado que nos enfrentamos a un acto expreso de reconocimiento de un grado de carrera profesional, que sirve de cobertura a un complemento retributivo, hemos de observar que la revisión planteada ataca ese acto sustantivo y no el acto material de confección de la nómina de haberes, el cual no conlleva creación, modificación o extinción de derechos, y cuyos vicios o errores habrían de ser depurados por el procedimiento singular establecido a tal fin y no por el de la revisión de oficio. Por otro lado, tratándose de personal vinculado a la Administración por una relación estatutaria, 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, 35 y 45), y 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 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 funcional, es decir, una relación de naturaleza claramente administrativa, cuya generación, desarrollo, efectos y extinción se sujeta al Derecho Administrativo".

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.

En el caso ahora examinado, la causa de nulidad invocada es la establecida en el apartado f) del artículo 62.1 de la LRJPAC, que dispone que son nulos de pleno derecho "Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición". Debemos subrayar,

partiendo del principio de interpretación restrictiva que preside las causas de nulidad radical, que en el precepto mencionado esa nulidad absoluta se anuda a la adquisición de derechos “cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”, de lo que se deduce que tal carencia debe ser sustancial y manifiesta. Como ya hemos señalado en anteriores dictámenes, nuestro Derecho Administrativo reserva la nulidad absoluta para las violaciones más graves del ordenamiento jurídico, por lo que es rechazable una interpretación amplia del concepto “requisitos esenciales”, que nos conduciría a desnaturalizar las causas legales de invalidez al vaciar de contenido los supuestos de mera anulabilidad, con marcada erosión del principio de seguridad jurídica. En este sentido, cabe recordar la distinción realizada por el Consejo de Estado en numerosos dictámenes, y recogida también por este Consejo Consultivo, entre “requisitos necesarios” y “requisitos esenciales”, ya que no todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de “esenciales”.

En el supuesto sometido a nuestra consulta, la normativa aplicable configura la condición de personal estatutario fijo como presupuesto indispensable para el acceso a la carrera profesional, encuadramiento que se vincula en todo caso, y sin quiebra del principio de igualdad, con esa naturaleza de relación funcional. Así, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, se ocupa en su artículo 40 de los “criterios generales de la carrera profesional”, cuya concreción se atribuye a “las Comunidades Autónomas, previa negociación en las mesas correspondientes”, si bien “la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud establecerá los principios y criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional de los diferentes servicios de salud, a fin de garantizar el reconocimiento mutuo de los grados de la carrera, sus efectos profesionales y la libre circulación de dichos profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud”. El Acuerdo de la citada Comisión, “por el que se fijan los criterios generales de homologación de los

sistemas de carrera profesional del personal de los servicios de salud”, adoptado en su sesión plenaria de 19 de abril de 2006, fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 27 de febrero de 2007 por Resolución de 29 de enero de 2007 de la Dirección General de Recursos Humanos y Servicios Económico-Presupuestarios del Ministerio de Sanidad y Consumo, abriéndose su texto articulado con un principio básico: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del Estatuto Marco, la homologación de los sistemas de carrera profesional se aplicará al personal estatutario de carácter fijo de los servicios de salud, en los términos en que se fije en sus respectivas normas de aplicación”. Siguiendo el criterio sentado en el marco estatal, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de diciembre de 2006, sobre la carrera y desarrollo profesional de los empleados públicos del Principado de Asturias, del que trae causa inmediata la decisión ahora impugnada, recoge, al ocuparse de su ámbito de aplicación y de los requisitos para el encuadramiento en cada uno de los grados, la necesidad de “ostentar la condición de personal estatutario fijo” (anexo I-I, apartados tercero y séptimo); exigencia que se vincula, sin excepción alguna, a todo reconocimiento de cualquier grado de la carrera profesional. En cumplimiento de tal régimen, la convocatoria aprobada por Resolución de 13 de febrero de 2007 para la solicitud de encuadramiento en el grado correspondiente de la carrera profesional, que se resuelve con el acto que ahora es objeto de revisión, incluye en la segunda de sus bases el requisito de ostentar la condición de fijo.

En nada enturbia la esencialidad de ese requisito para el encuadramiento -que no conoce excepción- la posibilidad abierta por la previsión de cierre del apartado séptimo del anexo I-I del referido Acuerdo del Consejo de Gobierno, pues el eventual acceso del personal interino a “los beneficios retributivos de la carrera profesional” -en el supuesto de que “la Administración no convocara un proceso de Oferta Pública de Empleo para licenciados sanitarios” antes de “finalizar el periodo transitorio de implantación del sistema”- se predica respecto a la percepción efectiva de esos complementos retributivos,

exclusivamente, y no en relación con el acceso a la misma carrera profesional, que es lo que reconoce la resolución que ahora se revisa. No cabe confundir, a ningún efecto, la integración en la carrera -que presupone siempre la condición de fijo- con el abono de su equivalencia retributiva, que se concibe a modo de justa compensación para el supuesto de que una excesiva dilación en los procesos de acceso a la función pública postergue las legítimas expectativas de acceso a la carrera del personal interino.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la declaración de nulidad de pleno derecho de la Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias de 25 de febrero de 2008, en cuanto reconoce a un grado de carrera profesional.”

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.