

Expediente Núm. 5/2015  
Dictamen Núm. 27/2015

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*García Gutiérrez, José María*  
*Zapico del Fueyo, Rosa María*  
*Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 12 de febrero de 2015, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 7 enero de 2015 -registrada de entrada el día 15 del mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio del acto administrativo por el que se designa como Jefa de Servicio/Coordinadora del Área de Gestión Económica de la Dirección Económica y de Recursos Humanos del Área Sanitaria IV a “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 26 de junio de 2013, se publicó en el Boletín Oficial del Principado de Asturias la Resolución de 17 de junio de 2013, de la Consejería de Sanidad, por la que se nombra Directora de Gestión del Área Sanitaria IV-Oviedo a la interesada en el presente expediente de revisión de oficio.

**2.** El día 23 de septiembre de 2014, el Gerente del Área Sanitaria IV, con invocación expresa del ejercicio de las atribuciones delegadas por la titular de la

Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias mediante Resolución de 3 de agosto de 2012, publicada en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de fecha 6 de agosto de 2012, dictó un acto administrativo por el que se designa "como Jefa de Servicio/Coordinadora del Área de Gestión Económica de la Dirección Económica y de Recursos Humanos del Área Sanitaria IV a (la ahora interesada) (...). Los efectos de la presente designación se pospondrán al momento en que sea efectivo el cese de la designada en el cargo actualmente desempeñado (...). El desempeño de dicho puesto conllevará el percibo de los emolumentos correspondientes a los percibidos por los responsables de las otras Jefaturas/Coordinaciones en concepto de 'complemento de coordinación'".

**3.** Mediante oficio de 7 de octubre de 2014, la Secretaria General del Servicio de Salud del Principado de Asturias comunica al Servicio Jurídico del propio ente que "la Dirección de Recursos Humanos ha tenido conocimiento de la Resolución que se adjunta, la cual adolece de 'defectos o irregularidades manifiestas', como es la eficacia 'demorada' de la misma o el nombramiento para un puesto inexistente en la plantilla orgánica (...). Se solicita informe por parte de ese Servicio Jurídico en el que se califique el 'vicio' y se determine el procedimiento revocador más seguro desde el punto de vista jurídico".

**4.** Con fecha 9 de octubre de 2014, una Letrada del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias señala que "la citada Resolución incurre en varias causas de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 62 de la Ley 30/1992 (...), en concreto en las siguientes (...): Por tratarse de un acto administrativo de contenido imposible en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.c), ya que el puesto de Jefa de Servicio/Coordinadora del Área de Gestión Económica de la Dirección Económica y de Recursos Humanos del Área Sanitaria IV no existe en la plantilla orgánica del hospital, y, por tanto, nadie puede ser nombrado en un puesto inexistente (...). En la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.a) y 62.1.e), en la medida (en) que en dicha resolución se adjudica un puesto de

trabajo singularizado o categoría profesional (Jefatura de Servicio/Coordinación) prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para su adquisición. De este modo, en el ámbito de las Administraciones públicas la adjudicación de un puesto de trabajo singularizado o la adquisición de una categoría profesional de nivel superior debe hacerse conforme a los procedimientos de provisión de puestos de trabajo (concurso de méritos/libre designación) que rigen en el ámbito de la función pública y que están presididos por los principios de publicidad (convocatoria pública), igualdad, mérito y capacidad, o mediante los procedimientos de provisión temporal de puestos de trabajo (comisión de servicios o promoción interna temporal). En el presente caso, tal y como recoge la propia resolución, esta adjudicación se basa en 'un compromiso personal del Gerente con la interesada' al margen de cualquier procedimiento de provisión de los previstos en el ordenamiento jurídico, concurriendo, por tanto, en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.a), por vulneración del artículo 23 de la CE, y el artículo 62.1.e) (...). En la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.f), ya que se otorgan a la interesada derechos cuando carece de los requisitos esenciales para su adquisición. De este modo, el Plan de Ordenación de Recursos Humanos" del Servicio de Salud del Principado de Asturias "establece que 'quien acceda a un puesto directivo no puede ver mermados sus derechos en cuanto a carrera y desarrollo profesional, de forma que durante el desempeño de los mismos verá reconocidas todas aquellas condiciones, como pueden ser los grados de carrera o desarrollo profesional a los que pudiera acceder en el desempeño de su puesto profesional. Del mismo modo, su cese se producirá sin merma de las condiciones que tenía antes de su nombramiento como directivo, de modo que se le vinculará al nombramiento o situación que tenía al momento de su designación'./ Sentado lo anterior, hay que señalar que la interesada, con anterioridad al nombramiento como Directora de Gestión" del Hospital ....., desempeñaba el puesto de 'Jefe de Sección de Facturación y Cobros (...)', y, por lo tanto, una vez cesada en el puesto directivo de Directora de Gestión deberá volver a la Jefatura de Sección que desempeñaba, sin que pueda adjudicarse a la interesada, al margen de los

procedimientos legalmente establecidos, una Jefatura de Servicio que nunca desempeñó y a cuyo desempeño no tiene derecho, ya que no puede existir una reserva y adjudicación de un puesto de trabajo nunca desempeñado y no adquirido conforme a los principios de concurrencia, igualdad, mérito y capacidad. Por lo tanto, la citada adjudicación deviene nula de pleno derecho, ya que se estaría vulnerando tanto el Plan de Ordenación de Recursos Humanos” del Servicio de Salud del Principado de Asturias “como demás normativa reguladora de la provisión de las Jefaturas de Servicio (...), adjudicando a la interesada un puesto de trabajo careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición (...). En la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.b), en relación con el artículo 62.1.f). Así, la citada Resolución crea y otorga un complemento retributivo al puesto a desempeñar por la interesada. Pues bien, hay que señalar que carece de competencia el Gerente del Área Sanitaria IV para crear y otorgar un complemento retributivo a un puesto de trabajo al margen del convenio colectivo aplicable./ A estos efectos, hay que señalar que el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en Sentencia de 21 de diciembre de 2012, tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta misma cuestión en relación con la interesada, estableciendo expresamente que, ‘cierto que (...) hallándose la actora en el desempeño del puesto de Subdirectora de Gestión Económica Financiera” del Hospital .....“el Director Gerente del hospital se comprometió a reconocerle el mencionado plus ‘para el momento del retorno a la categoría profesional que ostenta reservada de Jefa de Servicio’, pero (...) la recurrente es Jefe de Sección y no de Servicio, por lo que tal ofrecimiento carece de cualquier virtualidad obligatoria, al ser emitido por un órgano manifiestamente incompetente y sin facultades para obligar a la empresa, tal y como se razona en (...) la resolución de instancia, en (la) que, tras un detallado estudio del artículo 15 de la Ley 1/92, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias, se concluye que entre las facultades del Director Gerente no se encontraba la de reconocer complementos económicos a los trabajadores al margen del convenio colectivo aplicable, y sabido es que para la incorporación al nexo contractual de un beneficio como el aquí reclamado es necesario ‘que haya sido establecido por

el órgano de la Administración pública que tenga competencia para ello, lo que también es requisito para que pueda mantenerse en definitiva el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas’”.

En consecuencia, “la citada resolución deviene nula de pleno derecho al ser dictada por órgano manifiestamente incompetente para reconocer complemento retributivo alguno, así como para reservar a la interesada una categoría profesional (Jefa de Servicio) de la que carece (ya que es Jefa de Sección), concurriendo, por tanto, las causas de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.b), en relación con el artículo 62.1.f)./ A la vista de lo anterior, entiende esta parte que la Administración deberá declarar de oficio la nulidad de pleno derecho en que incurre la resolución analizada, conforme al procedimiento previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992”.

**5.** El día 22 de octubre de 2014, el Director-Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias dicta Resolución “de inicio del procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo por el que se designa como Jefa de Servicio/Coordinadora del Área de Gestión Económica del área de Sanitaria IV” a la interesada, al considerar que el acto objeto de revisión “está incurso, al menos, en las causas de nulidad previstas en los apartados a), b), c), e) y f) del art. 62 de la ley 30/1992”, lo que se le notifica a esta el 27 de octubre de 2014.

**6.** Con fecha 7 de noviembre de 2014, se publica en el Boletín Oficial del Principado de Asturias la Resolución de 28 de octubre de 2014, de la Consejería de Sanidad, por la que se dispone el cese de (la interesada) como Directora Económica y de Recursos Humanos del Área Sanitaria IV-Oviedo.

**7.** El día 7 de noviembre de 2014, la interesada presenta en el Registro General de la Delegación del Gobierno en Asturias un escrito de alegaciones en el que señala que el “expediente de nulidad de pleno derecho carece (...) manifiestamente de contenido y, por tanto, debe ser archivado. Su única y verdadera finalidad es la de sancionar a la abajo firmante, lesionándome en mi

carrera profesional y convirtiéndome en víctima de maniobras políticas a las que soy completamente ajena. No solo se me ha cesado *de facto* del puesto de Directora de Gestión del Área Sanitaria IV sin el menor respeto a las formas jurídicas ni a las exigencias del respeto a la dignidad profesional, sino que se pretende obstaculizar mi reingreso al puesto que (...) corresponde (...). Aunque en la resolución que se me ha notificado se me califica como Directora de Gestión del Área Sanitaria IV, lo cierto es que no solo se me comunicó hace ya varias semanas la intención de cesarme (a lo que nada tendría que objetar), sino que se ha nombrado oficiosamente a una persona que me sustituya, la que, sin nombramiento, viene tomando decisiones que formalmente se me imputan, en lo que constituye una situación de evidente irregularidad, confusión e ilegalidad (...). Con independencia de la legalidad o ilegalidad de la Resolución de 23 de septiembre de 2014, a la que se hará referencia a continuación, lo cierto es que la propia iniciación de este expediente de declaración de nulidad de pleno derecho demuestra que esa resolución es un auténtico acto administrativo que, como todos, produce efectos mientras (...) no sea privado de eficacia (artículo 57.1 de la LPC), de modo que el nombramiento que en el mismo se adopta resulta plenamente eficaz (...). Como vamos a ver a continuación, el expediente debe archivarse porque no concurre ni una sola de las causas de nulidad radical que se invocan, que además, y en todo caso, deben interpretarse restrictivamente, porque la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos es algo excepcional frente a la regla general de que los actos administrativos ilegales son únicamente anulables (artículo 63.1 LPC). La Administración no puede desdecirse libremente de sus resoluciones mediante la invocación extensiva de las causas de nulidad radical, de modo que estas deben ser interpretadas de manera estricta y, fuera de ellas, toda posibilidad de privar de eficacia a las resoluciones administrativas pasa por la declaración de lesividad e impugnación de las mismas ante la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 103 LPC) (...). La Resolución de 23 de septiembre de 2014 no incurre en la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.c) LPC (actos de contenido imposible) porque el puesto para el que he sido nombrada (Jefa de Servicio/Coordinadora del Área de Gestión de la Dirección

Económica y de Recursos Humanos del Área Sanitaria IV) sí existe, habiendo sido creado por la Comisión de Dirección del Área Sanitaria IV mediante acuerdo adoptado en sesión de 4 de julio de 2013, que no fue impugnado. De hecho, el puesto venía siendo desempeñado hasta su cese el 19 de septiembre de 2014 por otra persona (...). Tampoco concurre la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) (actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido) porque se trata, como indica la propia resolución, de un nombramiento de libre designación para el que no era necesaria ninguna otra tramitación cuyo incumplimiento pueda dar lugar a la nulidad radical del acto que se ha dictado. Tratándose de un nombramiento de estas características, no es necesario publicar un baremo o motivar la elección de la persona nombrada, habiéndose motivado, además, el nombramiento en la 'experiencia profesional y conocimientos generados en dicho campo'; argumento este que resulta perfectamente válido a la vista de mi trayectoria profesional (...). La invocación de la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.a) (lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional) solo puede tomarse como un error de la resolución, porque no se han lesionado los derechos fundamentales de nadie. No era necesario en modo alguno sacar a concurso este puesto de trabajo. Y en cuanto al hecho de que se haya tenido en cuenta el criterio de evitar que quienes han desempeñado puestos de trabajo directivos se vean perjudicados por ello en el retorno a la carrera profesional, se basa en una previa resolución de 8 de julio de 2013 de la Dirección-Gerencia (...) que no fue impugnada y resulta plenamente eficaz (...). Por otro lado, tampoco tiene el menor fundamento la invocación de la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.f) (adquisición de facultades o derechos cuando se carezca de requisitos esenciales para ello) en ninguno de los aspectos en los que es mencionada: no carezco de ningún requisito esencial para ser nombrada, mediante libre designación, para el puesto de Jefa de Servicio/Coordinadora del Área de Gestión de la Dirección Económica y de Recursos Humanos del Área Sanitaria IV; de hecho, vengo desempeñando desde hace años cargos directivos sin que se me haya alegado por nadie carencia de requisitos. El acto que se pretende declarar nulo es un

nombramiento mediante libre designación, no invoca derecho o reserva de ninguna especie, de modo que la causa de nulidad invocada carece de fundamento./ En cuanto a la atribución de un complemento retributivo, el nombramiento de 23 de septiembre de 2014 se limita a recordar algo que se aplicaría en cualquier caso, es decir, que el desempeño de este cargo lleva aparejada la percepción de los complementos retributivos que tenga legalmente asignados, por lo que ni tiene un contenido dispositivo propio ni este incurre en ninguna causa de nulidad de pleno derecho (...). Por todo ello, la declaración de nulidad de la Resolución de 23 de septiembre de 2014 carece de soporte jurídico y debe procederse al archivo inmediato del procedimiento”.

**8.** Obra en el expediente, a continuación, una copia de la publicación en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de fecha 19 de noviembre de 2014 de la Resolución de 13 de noviembre de 2014, del Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por la que se dispone la publicación de la plantilla orgánica consolidada del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

**9.** Con fecha 25 de noviembre de 2014, el Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias elabora propuesta de resolución en el sentido de declarar la nulidad del acto objeto de revisión de oficio. Tras reproducir los argumentos esgrimidos en el informe de la Letrada del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias de 9 de octubre de 2014, afirma que, en contra de “las alegaciones presentadas por la interesada, se deberán tener en cuenta las siguientes consideraciones: a) La interesada ha sido nombrada y cesada conforme a lo previsto en la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias, y el Decreto 14/2014, de 28 de enero, por el que se establece la Estructura Orgánica del Servicio de Salud del Principado de Asturias (...). b) La resolución que se revisa en ningún momento puede producir efectos jurídicos, toda vez que, entre otras cosas, tiene un contenido imposible, al no existir el puesto que se le reserva a la interesada./ c) La Comisión de Dirección del Área Sanitaria IV no tiene competencia para crear ningún puesto, sino que los mismos tienen que ser creados por Acuerdo del

Consejo de Gobierno, a propuesta de la Consejería de Sanidad. Y, en todo caso, (la persona a quien sustituye la interesada) ha ejercido las funciones propias de su puesto de Jefe de Sección Administrativo./ d) Independientemente de la inexistencia del puesto, como ya se ha señalado, la adjudicación de un puesto de trabajo singularizado o la adquisición de una categoría profesional de nivel superior debe hacerse conforme a los procedimientos de provisión de puestos de trabajo (concurso de méritos/libre designación) que rigen en el ámbito de la función pública y que estén presididos por los principios de publicidad (convocatoria pública), igualdad, mérito y capacidad o mediante los procedimientos de provisión temporal de puestos de trabajo (comisión de servicios o promoción interna temporal)./ e) En cuanto a la invocación de la causa de nulidad del artículo 62.1.a), la lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, los artículos 14 y 23.2 de la Constitución exigen que el acceso a puestos de trabajo en las Administraciones públicas se realice conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad./ f) Respecto a la alegación referente a que no tiene ningún fundamento la invocación de la causa de nulidad del artículo 62.1.f), se reitera lo señalado” sobre este extremo en el referido informe.

**10.** El día 15 de diciembre de 2014, la Letrada del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias que emitió informe en relación con el presente asunto elabora un segundo informe al que confiere el carácter de preceptivo, en aplicación -según manifiesta- “del artículo 6.1.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 cuanto al fondo del asunto, a la vista de la propuesta de resolución del Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias de 25 de noviembre de 2014, y tras consignar que la misma “invoca las causas de nulidad previstas en los apartados a), b), c), e) y f) del art. 62 de la Ley 30/1992”, manifiesta su conformidad con ella, desarrollando a continuación los motivos que la llevan a compartir tal parecer.

En esta argumentación, y complementando la recogida en el primero de sus informes, introduce consideraciones no consignadas de manera expresa en aquel. Por lo pronto, y con respecto a la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 -que, recordemos, establece la nulidad de los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”-, añade que “en el convenio colectivo” del Hospital ..... “no se prevé la forma de provisión de puestos de trabajo del personal laboral sujeto al mismo, resultando, por tanto, de aplicación la normativa propia de los funcionarios de carrera, tal y como establece el artículo 83 del Estatuto Básico del Empleado Público, así como la regulación prevista para el personal estatutario en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, de aplicación al personal laboral de los Servicios de Salud, de conformidad con lo establecido en su artículo 2.3./ De este modo, y de conformidad con lo establecido en los artículos 78 y ss. del (Estatuto Básico del Empleado Público) y en los artículos 37 y ss. del Estatuto Marco del Personal Estatutario, en el ámbito de las Administraciones públicas la adjudicación de un puesto de trabajo singularizado o de categoría profesional de nivel superior debe hacerse conforme a los procedimientos de provisión de puestos de trabajo (concurso de méritos/libre designación) que rigen en el ámbito de la función pública y que están presididos por los principios de publicidad (convocatoria pública), igualdad, mérito y capacidad, o mediante los procedimientos de provisión temporal de puestos de trabajo (comisión de servicios o promoción interna temporal) previstos en el ámbito de los Servicios Públicos de Salud en los artículos 35 y 39 del Estatuto Marco del Personal Estatutario”.

En cuanto al “percibo de los emolumentos correspondientes a los percibidos por los responsables de las otras Jefaturas/Coordinaciones en concepto de ‘complemento de coordinación’”, y respecto del cual se sostiene a lo largo de todo el procedimiento que estaría incurso en las causas de nulidad de pleno derecho previstas en las letras b) -actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia- y f) -actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de requisitos esenciales para su adquisición- del artículo 62.1 de la

Ley 30/1992, desarrolla las consideraciones que avalarían esta conclusión e introduce algunas no recogidas en el primero de los informes. En este sentido, manifiesta que "carece de competencia el Gerente del Área Sanitaria IV para crear y otorgar un complemento retributivo a un puesto de trabajo al margen de lo establecido en las leyes de presupuestos anuales, en el convenio colectivo aplicable y en los acuerdos de Consejo de Gobierno del Principado de Asturias de cada año por el que se fijan las cuantías retributivas del personal de la Administración del Principado de Asturias, y todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 21 y 27 del Estatuto Básico del Empleado Público, el artículo 14.2.g) de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública del Principado de Asturias, y el artículo 15 de la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias./ Pero (...), a mayores, hay que señalar que el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en Sentencia de 21 de diciembre de 2012 (...), tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta misma cuestión en relación con la interesada, estableciendo expresamente que: 'En el presente caso no puede apreciarse la existencia de una condición más beneficiosa al faltar el requisito ineludible de voluntad inequívoca de conceder el beneficio postulado. En efecto, tal y como se declara probado (...), la actora nunca percibió el plus de coordinación o de especial responsabilidad y, por otra parte, tal y como (...) admite en el recurso, nunca realizó funciones de coordinación y, en fin (...), tampoco ostenta la categoría de Jefa de Servicio; en consecuencia, ni concurre la causa que en su día pudo justificar el reconocimiento del referido complemento, ni lo ha percibido en ningún momento, ni se acredita la existencia de una voluntad empresarial dirigida a su otorgamiento (...). Ciertamente que (...) hallándose (...) en el desempeño del puesto de Subdirectora de Gestión Económica Financiera" del Hospital ..... el Director Gerente del Hospital se comprometió a reconocerle el mentado plus 'para el momento del retorno a la categoría profesional que ostenta reservada de Jefa de Servicio'. Pues bien, sobra decir que (...) es Jefa de sección y 'no' Jefa de servicio, por lo que tal ofrecimiento carece de cualquier virtualidad obligatoria al ser emitido por un órgano manifiestamente incompetente y sin facultades para obligar a la empresa, tal y como se razona en (...) la resolución de instancia, en

(la) que, tras un detallado estudio del artículo 15 de la Ley 1/92, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias, se concluye que entre las facultades del Director Gerente no se encontraba la de reconocer complementos económicos a los trabajadores al margen del convenio colectivo aplicable, y sabido es que para la incorporación al nexo contractual de un beneficio como el aquí reclamado es necesario `que haya sido establecido por órgano de la Administración pública que tenga competencia para ello, lo que también es requisito para que pueda mantenerse en definitiva el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas'. Por lo tanto, la citada resolución deviene nula de pleno derecho al ser dictada por órgano manifiestamente incompetente para reconocer complemento retributivo alguno, así como para reservar a la interesada una categoría profesional (Jefa de Servicio) de la que carece (ya que es Jefa de Sección), concurriendo, por tanto, las causas de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.b), en relación con el artículo 62.1.f)".

Por lo que se refiere a la alegación de que "el puesto de Jefatura de Servicio fue creado por la Comisión de Dirección del Área Sanitaria IV", señala que "dicha Comisión carece de naturaleza de órgano administrativo, careciendo, en todo caso, de competencia para crear puesto de trabajo alguno, ya que la competencia para crear y suprimir servicios y puestos de trabajo corresponde al Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, de conformidad con lo establecido en el artículo 8, apartados c), d) y e), de la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias, y en la medida (en) que la Jefatura de Servicio atribuida a la interesada no existe ni ha sido creada en plantilla orgánica mediante órgano competente, la Resolución objeto de revisión deviene nula de pleno derecho en los términos anteriormente expuestos".

Indica, asimismo, la interesada que "el puesto de Jefatura de Servicio es un nombramiento de libre designación y que, por tanto, no era necesaria ninguna tramitación, siendo suficiente con su nombramiento en los términos que hace la resolución objeto de revisión. Pues bien, esta alegación y las siguientes que entroncan con esta tampoco pueden ser tomadas en consideración, ya que el procedimiento de libre designación, en los términos

anteriormente señalados, exige garantizar el principio de igualdad, mérito y capacidad (art. 78 del EBEP), exigiéndose expresamente convocatoria pública para la provisión del puesto (78.2 y 80 del EBEP), todo ello sin perjuicio de que en el procedimiento de libre designación se otorgue un margen de discrecionalidad al órgano competente para apreciar la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto, habiéndose obviado, en el presente caso, todos los trámites (convocatoria pública) y principios que rigen el procedimiento de provisión mediante libre designación, al no haber existido convocatoria pública alguna para la provisión del puesto adjudicado a la interesada; lo que, por otra parte, hubiera resultado del todo imposible, ya que dicho puesto no podría haber sido convocado al no existir en la plantilla orgánica del Área Sanitaria IV, concurriendo, por tanto, la causa del art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, así como la prevista en los artículos 62.1.a), por vulneración del artículo 23 de la CE, y 62.1.f), por adjudicar directamente un puesto de trabajo sin haber acreditado la interesada requisito alguno”.

**11.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de enero de 2015, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo por el que se designa como Jefa de Servicio/Coordinadora del Área de Gestión Económica de la Dirección Económica y de Recursos Humanos del Área Sanitaria IV” a la interesada, adjuntando a tal fin copia adverada del expediente.

Con posterioridad a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se ha recibido en el registro de este órgano, concretamente el día 20 de enero de 2015, una copia de la Resolución del Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias, de fecha 13 de enero de 2015, por la que se dispone la suspensión del procedimiento de revisión de oficio.

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 l), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra l), 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 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 ninguno de los supuestos citados.

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. En el presente supuesto, el procedimiento se inicia mediante Resolución del Director-Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias de 22 de octubre de 2014, por lo que una vez transcurridos tres meses habría de declararse por aquel órgano la caducidad del procedimiento. Ahora bien, a tenor de la documentación remitida -aunque en copia no averada-, constatamos que 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, aun sin conocer la fecha de notificación a la interesada de la referida suspensión, hemos de entender que no ha transcurrido el plazo máximo legalmente establecido, debiendo reanudarse su cómputo el día de la 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.

En estas condiciones, en el presente supuesto nos encontramos con que, a pesar de que el acto administrativo cuya revisión de oficio se pretende ha sido dictado por el Director Gerente de una de las Áreas de Salud-en concreto la IV- en las que, con el carácter de unidad funcional y gestión, se ordena territorialmente el Servicio de Salud del Principado de Asturias, la Resolución de inicio del procedimiento de revisión de oficio, así como la propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración, aparecen firmadas por el titular de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias. No obstante lo anterior, ya dejamos constancia en los antecedentes de que el acto administrativo del titular de la Dirección-Gerencia del Área Sanitaria IV de fecha 23 de septiembre de 2014, cuya declaración de nulidad se postula en el presente procedimiento de revisión de oficio, fue dictado en uso de las atribuciones delegadas por la titular de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias mediante Resolución de 3 de agosto de 2012, todo ello en el marco de lo regulado en el artículo 15.4, en relación con el 23.4, de la Ley del Principado de Asturias 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Así las cosas, si tenemos en cuenta que, de conformidad con lo establecido tanto en el artículo 13.4 de la LRJPAC como en el artículo 16.4 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, las "resoluciones administrativas que se adopten por delegación (...) se considerarán dictadas por el órgano delegante", resulta evidente la competencia del titular de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias para revisar de oficio el acto administrativo del titular de la Dirección-Gerencia del Área Sanitaria IV de 23 de septiembre de 2014.

En lo que se refiere a la instrucción del procedimiento, estimamos que se han observado sus requisitos esenciales, puesto que se ha dado audiencia a la interesada, se ha adoptado un acuerdo de iniciación y se han elaborado un informe 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.

Sin embargo, advertimos de la concurrencia de una irregularidad formal, pues no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, el plazo para resolver el procedimiento y los efectos del silencio administrativo.

Finalmente, y desde esta misma perspectiva procedimental, observamos que, tras consignarse en la propuesta de resolución del Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias el carácter preceptivo del informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias en los supuestos de revisión de actos administrativos, establecido en el artículo 6.1.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 -norma que en esta propuesta aparece invocada con carácter supletorio-, en el expediente remitido no figura el informe de este órgano dependiente de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia; en cambio, se incorporan al mismo hasta dos informes elaborados por una Letrada del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias, dependiente de la Secretaría General del referido ente. Esta aparente contradicción debería ser aclarada en el acto que ponga fin al procedimiento, siendo suficiente para ello con la sola mención de que en el mismo ha informado el Servicio Jurídico dependiente de la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

**QUINTA.-** Entrando en el fondo del asunto, en el supuesto que nos ocupa se plantea la nulidad de pleno derecho del acto administrativo dictado el día 23 de septiembre de 2014 por la Gerencia del Área Sanitaria IV, por el que se designa "como Jefa de Servicio/Coordinadora del Área de Gestión Económica de la Dirección Económica y de Recursos Humanos del Área Sanitaria IV a (la ahora interesada) (...). Los efectos de la presente designación se pospondrán al momento en que sea efectivo el cese de la designada en el cargo actualmente desempeñado (...). El desempeño de dicho puesto conllevará el percibo de los emolumentos correspondientes a los percibidos por los responsables de las

otras Jefaturas/Coordinaciones en concepto de `complemento de coordinación´”.

Ante estos tres pronunciamientos, que desde un punto de vista sustantivo quedan reducidos a dos, el primero y el tercero, pues el segundo, dado su contenido, afecta a un aspecto accidental -posponer la fecha de los efectos de lo dispuesto en los otros dos-, la autoridad consultante somete a nuestra consideración una propuesta de resolución en la que, tras afirmar de forma genérica que el acto objeto de revisión “está incurso, al menos, en las causas de nulidad previstas en los apartados a), b), c), e) y f) del art. 62 de la Ley 30/1992”, desarrolla la concreta motivación de las causas de nulidad invocadas. De su razonamiento se desprende que el primero de los pronunciamientos del acto objeto de revisión estaría incurso en las causas de nulidad consignadas en los apartados a), c) y e) del artículo 62.1 de la LRJPAC, mientras que el tercero lo estaría en las consignadas en los apartados b) y f) del mismo precepto.

Sentado lo anterior, procede analizar la concurrencia de las concretas causas de nulidad radical invocadas, no sin antes recordar una vez más, como viene haciendo este Consejo desde el inicio de su función consultiva, que 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.

En relación con la primera de las causas invocadas, el artículo 62.1.a) de la LRJPAC dispone que son nulos de pleno derecho los actos “que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”. Debemos entender, partiendo del anteriormente reseñado principio de interpretación

restrictiva que preside las causas de nulidad radical, que la subsunción en este precepto de la pretendida violación exige una quiebra inequívoca del derecho fundamental vulnerado. En el supuesto que nos ocupa resulta evidente que el derecho fundamental que se vería afectado no puede ser otro que el de acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, consagrado en el apartado 2 del artículo 23 de nuestra Carta Magna. En este marco, y a la vista de la documentación remitida, observamos que el acto objeto de revisión -la designación de la interesada para un concreto puesto de trabajo- ha sido dictado con la finalidad expresamente declarada de atender al “compromiso asumido por esta Gerencia en el momento de nombrar a la interesada, como Directora de Gestión del Área, (de) restituirla al momento de su cese en el puesto que durante años desempeñó en la organización”. Pues bien, aun haciendo abstracción en este momento de la acotación relativa al puesto que la interesada habría desempeñado en la organización previamente a su nombramiento como Directora de Gestión del Área, y que a tenor de lo declarado con el carácter de cosa juzgada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 21 de diciembre de 2012 “tampoco ostenta la categoría de Jefa de Servicio”, resulta palmario que la designación realizada por el Gerente del Área Sanitaria IV con la finalidad de respetar un “compromiso asumido por esta Gerencia”, sin apoyo legal alguno, constituye una flagrante violación del derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, consagrado en el apartado 2 del artículo 23 de la Constitución, por lo que debemos concluir que la designación de la interesada efectuada en tales condiciones en el acto objeto de revisión oficio por la Gerencia del Área Sanitaria IV en fecha 23 de septiembre de 2014 está incurso en la causa de nulidad establecida en el artículo 62.1.a) de la LRJPAC.

La segunda causa de nulidad invocada por la autoridad consultante respecto del pronunciamiento primero del acto objeto de revisión sería la consignada en el artículo 62.1.c) de la LRJPAC, a cuyo tenor son nulos de pleno derecho los actos “que tengan un contenido imposible”.

Como hemos venido manifestando en supuestos similares (entre otros,

Dictámenes Núm. 165/2007, 136/2008 y 402/2009), el Tribunal Supremo ha señalado en reiteradas ocasiones (por todas, Sentencia de 19 de mayo de 2000 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª-) que la imposibilidad a la que se refiere la norma debe ser “de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a la ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad (...); la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto. Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a las leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable”.

En el supuesto concreto que analizamos la Resolución del Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias de 22 de octubre de 2014, por la que se da inicio al presente procedimiento de revisión de oficio, indica que “el puesto de Jefa de Servicio/Coordinadora del Área de Gestión Económica de la Dirección Económica y de Recursos Humanos del Área Sanitaria IV no existe en la plantilla orgánica del Hospital, y, por tanto, nadie puede ser nombrado en un puesto inexistente”. Frente a esta rotunda afirmación, la interesada señala en fase de alegaciones que el referido puesto de trabajo “sí existe, habiendo sido creado por la Comisión de Dirección del Área Sanitaria IV mediante acuerdo adoptado en sesión de 4 de julio de 2013, que no fue impugnado. De hecho, el puesto venía siendo desempeñado, hasta su cese el 19 de septiembre de 2014, por otra persona”. Finalmente, la propuesta de resolución sometida a nuestra consideración rebate las alegaciones de la interesada indicando que “la Comisión de Dirección del Área Sanitaria IV no tiene competencia para crear ningún puesto, sino que los mismos tienen que ser creados por Acuerdo de Consejo de Gobierno, a propuesta de la Consejería de Sanidad. Y, en todo caso, (la persona que desempeñaba anteriormente el puesto) ha ejercido las funciones propias de su puesto de Jefe de Sección Administrativo”.

En estas condiciones, a la vista de la información incorporada al expediente, y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 22.g), en relación con el 11.l) y 8.e), todos ellos de la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias, de los que se desprende que un supuesto acuerdo adoptado por la Comisión de Dirección del Área Sanitaria IV -tal y como de contrario alega, pero no aporta, la interesada-, de existir, no constituiría más que la expresión de una propuesta de relación de puestos a elevar al Consejo de Administración del Servicio de Salud del Principado de Asturias por medio de su Director Gerente, por lo que este Consejo ha de dar por acreditada la inexistencia del puesto de trabajo para el que la interesada habría sido designada por el acto objeto de revisión de oficio. En las mismas condiciones, ha de darse también por probado que ninguna otra persona distinta de ella habría ocupado ese pretendido puesto de trabajo inexistente.

En consecuencia, acreditada en los términos expuestos la inexistencia del puesto de trabajo en la organización para el que había sido designada la interesada, consideramos que concurre una imposibilidad lógica originaria en el nombramiento efectuado para ocupar una plaza inexistente, y, por ello, el pronunciamiento primero del acto objeto de revisión realizado por la Gerencia del Área Sanitaria IV en fecha 23 de septiembre de 2014 está incurso en la causa de nulidad establecida en el artículo 62.1.c) de la LRJPAC.

La última de las causas de nulidad radical que, a juicio de la autoridad consultante, viciaría en origen el pronunciamiento primero del acto objeto de revisión de oficio no es otra que la establecida en el artículo 62.1.e) de la LRJPAC, a cuyo tenor son nulos de pleno derecho los actos "dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido". Al respecto, partiendo de la hipótesis -imposible, tal y como acabamos de ver en el presente supuesto- de que existiera un puesto de trabajo denominado "Jefa de Servicio/Coordinadora del Área de Gestión Económica de la Dirección Económica y de Recursos Humanos del Área Sanitaria IV", y teniendo en cuenta que la interesada mantiene una vinculación de carácter laboral con el Servicio de Salud del Principado de Asturias sujeta al convenio colectivo del Hospital ..... en el que, a tenor del segundo informe de la Letrada del Servicio Jurídico del

Servicio de Salud del Principado de Asturias, “no se prevé la forma de provisión de puestos de trabajo del personal sujeto al mismo”, resulta fuera de toda duda que la provisión por parte de la interesada de un puesto de las características de aquel para el que habría sido designada por el acto objeto de revisión habría de estar sujeta, por venir así establecido en el artículo 83, en relación con el 78, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, a la previa instrucción de un procedimiento basado en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. En el presente supuesto, como ya señalamos al hilo del examen de la primera de las causas de nulidad invocadas, la designación de la interesada se ha efectuado de plano, por lo que la ausencia total de procedimiento nos lleva a concluir con la autoridad consultante, sin necesidad de ningún examen ulterior, que concurre en el primero de los pronunciamientos del acto objeto de revisión la causa de nulidad establecida en el artículo 62.1.e) de la LRJPAC.

Llegados a este punto, en el que es evidente que la designación de la interesada para el puesto de trabajo de Jefa de Servicio/Coordinadora del Área de Gestión Económica de la Dirección Económica y de Recursos Humanos del Área Sanitaria IV -contenido en el primero de los pronunciamientos del acto objeto de revisión, la Resolución de 23 de septiembre de 2014 de la Gerencia del Área Sanitaria IV- constituye un acto nulo de pleno derecho, al concurrir las causas de nulidad consignadas en los apartados a), c) y e) del artículo 62.1 de la LRJPAC, se hace innecesario el análisis de las posibles causas de nulidad invocadas por la autoridad consultante con respecto al tercero de los pronunciamientos que se incluyen en el acto objeto de revisión, y que liga la percepción por parte de la interesada de un determinado complemento retributivo al efectivo desempeño del puesto para el que habría sido designada en esas irregulares condiciones, toda vez que, como ya ha señalado este Consejo en ocasiones precedentes -por todas, Dictamen Núm. 89/2014-, “la declaración de nulidad radical tiene efectos *ex tunc*, por lo que se retrotrae a la fecha del acto anulado e implica la nulidad de aquellos actos o partes de los mismos (...) dependientes del viciado”.

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 del Gerente del Área Sanitaria IV, de 23 de septiembre de 2014, por la que se designa a ..... como Jefa de Servicio/Coordinadora del Área de Gestión Económica de la Dirección Económica y de Recursos Humanos del Área Sanitaria IV.”

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,