



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 254/2010

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de abril de 2010.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de la Resolución de 8 de abril de 2008, dictada por el Gerente de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma, por la que se nombra a R.C.M. personal estatutario interino en la categoría de Facultativo Especialista de Área, especialidad de Cirugía General y Aparato Digestivo (EXP. 240/2010 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Por escrito de 26 de marzo de 2010, con entrada en este Organismo el siguiente día 31, la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias remite escrito por el que, de conformidad con lo dispuesto en artículos que cita de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, en relación con el art. 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), se traslada copia completa del expediente administrativo "sobre" procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 8 de abril de 2008, dictada por el Gerente de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma, en virtud de delegación efectuada por la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud, por la que se nombra a R.C.M. personal estatutario interino en la categoría de facultativo especialista de Área, especialidad de cirugía general y aparato digestivo, quedando a la espera de la recepción del correspondiente Dictamen.

Pues bien, en efecto es preceptiva la solicitud de Dictamen previo en caso de revisión de oficio, cabiendo entender que, aunque singularmente, se está llevando a cabo la misma mediante el citado escrito, siendo su objeto, en rigor, la Propuesta de

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

Resolución del correspondiente procedimiento revisor, que ha de contener, en consonancia con la Resolución de inicio del mismo y sin perjuicio de lo previsto al efecto en el art. 89 LRJAP-PAC, la declaración de nulidad del acto administrativo firme en esta vía que se revisa.

Por lo demás, los preceptos aplicables al efecto son, ciertamente, el art. 102 LRJAP-PAC y, además, tanto el art. 12.3 de la citada Ley 5/2002, como, exactamente, el art. 11.1.D.b) de esta misma Ley. En este orden de cosas, el Dictamen ha de considerar conforme a Derecho la Propuesta resolutoria del procedimiento por ser aplicable al caso la causa de nulidad esgrimida por la Administración, aquí la recogida en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, y justificarse que el acto afectado incurre en ella, pues, de lo contrario, su efecto es obstativo a que se dicte la declaración de nulidad pretendida, no pudiéndose efectuar.

2. En todo caso, ha de observarse que la solicitud de la que se trata no fue admitida en su momento a trámite, sin efectuarse la función consultiva instada, por Acuerdo del Pleno de este Organismo de 3 de febrero de 2010, con arreglo al Informe previo emitido al respecto por el Letrado-Mayor del Consejo Consultivo, que se acompañó a los efectos oportunos al mencionado Acuerdo remitido a la solicitante, la Consejera de Sanidad.

En tal informe se expresaban las razones esenciales por las que procedía la inadmisión, habiéndose subsanado ahora los defectos que impedían la realización de la función consultiva y emisión del Dictamen que corresponda, incluso de forma, en el caso de que no quepa pronunciamiento sobre el fondo. Pero, además, se añadían varias observaciones relevantes sobre la tramitación del procedimiento revisor.

Así, se advertía que, tratándose de analizar la adecuación formal y material de su Propuesta resolutoria, se ha de adjuntar a la solicitud de Dictamen no sólo el completo expediente correspondiente a aquél, sino también el del acto que se pretende declarar nulo. Y que, habiéndose iniciado de oficio, es aplicable el art. 102.5 LRJAP-PAC. Por tanto, de no dictarse resolución en el plazo de tres meses desde su inicio, se producirá su caducidad *ope legis* y sin más, sin perjuicio de que, aunque siempre pudiera ser eventualmente aplicable el art. 106 LRJAP-PAC, pronunciándose al respecto este Organismo en su momento, cabe iniciar por la Administración una nueva revisión para declarar la nulidad pretendida sobre la base de idéntica o diferente causa que la utilizada en el procedimiento caducado.

En este sentido, se señaló que la constante doctrina de este Consejo, plasmada razonadamente en Dictámenes emitidos en esta materia, disponibles al haber sido

publicados, es que no cabe suspender, interrumpir o ampliar el mencionado plazo de caducidad al no preverlo el precepto que lo establece, de aplicación específica y preponderante, tanto directamente como mediante la pretensión de suspender o ampliar el plazo de resolución y notificación, también de tres meses.

II

Las actuaciones efectuadas en el presente procedimiento son las siguientes:

1. Por Orden de la Consejera de Sanidad, de 1 de diciembre de 2009, se acuerda el inicio del procedimiento revisor en relación con la Resolución de referencia, a propuesta de la Directora General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud, cuyo contenido reproduce prácticamente en su integridad, la de 11 de noviembre de 2009.

A. Los Antecedentes de Hecho que figuran son:

La Resolución en cuestión nombró a R.C.M., el único interesado en el procedimiento, personal estatutario interino, adscribiéndosele a la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma, con la categoría reseñada ya.

Tras diversos acontecimientos acaecidos en el Hospital General de La Palma, que se omiten en el expediente por lo que se desconoce su potencial efecto en la procedencia de la pretensión administrativa anulatoria en este supuesto, a los efectos de verificar la información obtenida previamente por el Centro hospitalario, que no consta cuál pudo ser, el 19 de febrero de 2009 se solicitó al Ministerio de Justicia informe sobre la existencia de procedimiento disciplinario en que recayera sanción de separación del servicio o suspensión de funciones al interesado.

El Subdirector General del citado Ministerio comunica el 28 de octubre que, por Resolución de 10 de octubre de 2007, recaída en expediente disciplinario nº 37/06, seguido al interesado, por entonces médico forense interino adscrito al Instituto de Medicina Legal de Cantabria, se acordó, como sanción por falta grave, su cese como funcionario interino, de conformidad con lo previsto en la Orden del Ministerio de Justicia 2296/2005, sobre selección, propuesta y nombramiento de personal interino para cubrir los puestos asignados a Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

Se añade que, en cuanto al otro procedimiento disciplinario, el nº 13/07, sobre el que al parecer también se pidió información, se archivó por Resolución de 15 de

abril de 2008 al haber cesado el interesado por la sanción antedicha, que lógicamente conlleva la desaparición del vínculo jurídico del mismo con la Administración.

B. Como Fundamentos Jurídicos se recogen:

Partiéndose de que procede su aplicación en este asunto, se dice que el art. 30.5.e) de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud (EMPES), así como el art. 56.1.d) de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aplicable al personal estatutario en virtud de lo dispuesto en su art. 2.4 sobre su ámbito de aplicación y por el sistema de fuentes definido en el art. 2.2 del EMPES, establecen, como requisito de acceso a la función pública, no haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas, ni hallarse en inhabilitación, absoluta o especial, por sentencia firme para el acceso a empleos o cargos públicos, Cuerpo o Escala de funcionario o funciones similares a la practicadas como personal laboral. No obstante, ha de observarse que no existe coincidencia en los textos de ambos preceptos por razones obvias, que luego se expondrán a los efectos procedentes.

Esta regulación, en concordancia con el antecedente tercero, se entiende que determina que el nombramiento de R.C.M. es nulo de pleno derecho al incumplir un requisito, supuestamente esencial, para acceder a la Función Pública, siendo aplicable el art. 62.1.f) LRJAP-PAC al efecto.

El art. 102 LRJAP-PAC establece el ejercicio de la facultad revisora, a solicitud de interesado o por iniciativa propia, y exigiendo Dictamen favorable previo de Organismo consultivo, para declarar la nulidad de actos administrativos firmes en vía administrativa de acuerdo con lo previsto en el antedicho art. 62.1.

Se estima que la competencia para incoar el correspondiente procedimiento revisor corresponde a la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 29.1.g) de la Ley 14/1990, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias (LRJAPC), siendo el "órgano" administrativo, más bien su titular, competente al efecto respecto a los actos del propio Departamento, haciéndose "aconsejable" que, por tratarse de un acto administrativo en materia de personal, la tramitación se efectúe por personal técnico de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud; "consejo", por cierto, que ya viene incluido en la propuesta de ésta a la que se hizo mención antes.

C. En definitiva, en el resuelvo se acuerda el inicio del procedimiento de revisión de la Resolución de referencia, a tramitar por la Dirección General indicada del Servicio Canario de la Salud, trasladándose a ésta la Orden y notificándose la misma al interesado, haciéndosele saber que no puede recurrirla.

2. El 23 de diciembre de 2009, tres semanas después de dictarse y de iniciarse el procedimiento, se remite a la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma por la Jefe de Sección de Coordinación con las organizaciones sindicales, unidad cuya intervención debiera producirse por decisión del órgano instructor, la referida Orden de inicio para su remisión al interesado.

Consta, luego, escrito de la Dirección General actuante, de 4 de enero de 2010, presumiblemente previo a la remisión de la inicial solicitud de Dictamen, por la que se traslada a la Consejera copia completa del expediente relativo al procedimiento revisor, debidamente foliado y acompañado de índice documental, a los efectos de su remisión a este Organismo para cumplir el trámite previsto en los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la citada Ley 5/2002. En tal escrito y por la brevedad del plazo máximo legal para resolver el procedimiento, se manifiesta la procedencia de suspenderlo por el tiempo que medie entre la petición del "informe", en referencia al Dictamen del Consejo Consultivo, y su recepción, considerando aplicable el art. 42.5.c) LRJAP-PAC contra lo mantenido reiteradamente por este Organismo al respecto, aunque tal eventual suspensión no consta efectivamente hecha.

3. El siguiente documento que aparece en el expediente es una Diligencia de notificación, que se dice practicada de acuerdo con lo dispuesto en el art. 59.3 LRJAP-PAC, expedida por funcionarios del Hospital General de La Palma, en la que se indica que, siguiendo instrucciones del Director de Gestión y Asuntos Generales de La Palma, se desplazan al Centro de Salud de Breña Alta el día 14 de enero de 2010, tres semanas después de la anterior actuación por tanto y cumplida casi la mitad del plazo del art. 102.5 LRJAP-PAC, y entregan al interesado, en presencia de un médico del Centro, la documentación pertinente, manifestando aquél que, por encontrarse de baja, considera irregular la notificación y no recibe dicha documentación. No obstante, la leyó y, por tanto, tuvo que enterarse perfectamente de su contenido.

Cabe advertir al respecto, en este momento, que la actuación efectuada no parece haberse realizado en el plazo previsto en el art. 58.2 LRAJP-PAC, pero sin embargo consta hecho el intento de notificación. Así, visto el art. 59.1 de la propia Ley, parece que la notificación se practicó por un medio que permite tener

constancia de su recepción por el interesado y del acto notificado, con su fecha, identidad y contenido, de manera que ha de reputarse correctamente efectuada, sin que ello pueda enervarlo la decisión del interesado de negarse a recibirla sin causa suficiente.

Por eso, es aplicable al apartado 3 del precepto comentado a los efectos allí previstos, estando acreditada también, en todo caso, la inexistencia de indefensión al constar que el interesado conoció el acto que se le trasladaba, la Orden de inicio del procedimiento. En consecuencia, no procedía insistirse en la notificación, con el consiguiente incremento en la demora de la tramitación que comportaba. Lo que no obsta para que, habiendo realizado la Administración la notificación por otra vía y presentando alegaciones el interesado, éstas deben tenerse en cuenta a los efectos procedentes (art. 89 LRJAP-PAC).

Es pertinente añadir en relación con esta cuestión, que es posible que la actuación subsiguiente de la Administración se efectuara a la luz del informe de admisión al que se hizo referencia previamente, señalando que el trámite de vista y audiencia no se había efectuado apropiadamente. Pero esta decisión es errónea, no sólo porque el informe se basó en la documentación remitida con la inicial solicitud de Dictamen, en la que tan solo constaba el escrito de 23 de diciembre de 2009 antes mencionado y no, desde luego, la Diligencia que se comenta ahora. Además, el informe advertía que lo determinante en este trámite es conocer la decisión del interesado debidamente notificado, incluyendo la posibilidad de renunciar, como de facto hace en este caso, a efectuar alegaciones o presentar elementos de juicio.

4. Posteriormente, el 1 de febrero de 2010 se remite la documentación del caso a la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma para ser entregada al interesado, advirtiéndose la pertinencia de cumplimentar ciertos requisitos en la Diligencia al efecto en caso de negativa a su recepción; circunstancia que, como se ha visto, ya se había producido antes.

En la notificación se concedía al interesado, en relación con la Orden de inicio del procedimiento revisor y en aplicación del art. 84 LRJAP-PAC, un plazo de diez días a los efectos previstos en este precepto legal. Pero, según consta en nueva Diligencia de intento de notificación, que también se dice practicada de acuerdo con el art. 59.3 de dicha Ley, los funcionarios actuantes, siguiendo instrucciones del antes indicado Director del Hospital General de La Palma, se desplazaron al domicilio del interesado siete días después de la anterior actuación, el 8 de febrero de 2010,

para practicar tal notificación, sin poderlo hacer al no haber nadie en dicho domicilio; imposibilidad que se repitió el día 11 por idéntico motivo.

En consecuencia, el órgano instructor decide, por Resolución de 12 de febrero de 2010 y aduciendo como fundamento al respecto los arts. 58 y 59.5 LRJAP-PAC, notificar al interesado, de otra forma, el trámite de audiencia relativo al procedimiento revisor iniciado por Orden de 1 de diciembre de 2009. Así, se indica que, como se ha intentado dos veces notificar infructuosamente, procede que la notificación se efectúe mediante anuncios publicados en donde se dispone legalmente en cada supuesto, siendo también de aplicación en éste lo previsto en el art. 61 de la propia Ley. Por eso, se resuelve notificar mediante inserción de esta Resolución en el Boletín Oficial de Canarias, comunicándosele al interesado que dispone de un plazo de diez días para comparecer en el órgano que se menciona para notificarle el trámite de audiencia.

La publicación en el BOC se produce casi un mes después, el 3 de marzo de 2010, habiendo ya vencido el plazo de caducidad del procedimiento, sin que parezca justificada, y menos en este caso, esta dilación al respecto. Sin embargo, el interesado comparece ese mismo día ante el órgano que se señaló en la Resolución, entregándosele tanto el escrito por el que se le concede audiencia, acompañado de la Orden de inicio del procedimiento, como, habiéndose dictado el 12 de febrero de 2010 Resolución por el órgano instructor de ampliación del plazo para resolver el procedimiento revisor (cuestión sobre la que se volverá más tarde), copia de ésta.

En este sentido, esta última Resolución también se intentó notificar al interesado en su domicilio, el 12 de febrero de 2010, con el mismo fracaso que en el caso anterior, según consta en Diligencia emitida por los funcionarios actuantes, aunque curiosamente la Resolución del órgano instructor ordenando su notificación por anuncio en el BOC se publicó en éste el 26 de febrero de 2010; es decir, antes de anunciarse la notificación de la audiencia.

En todo caso, sin perjuicio de lo ya advertido sobre la notificación practicada en un primer momento al interesado, se conviene que la práctica de aquélla en su domicilio puede hacerse como medio idóneo para garantizar lo previsto en el art. 59.1 LRJAP-PAC, aunque fuese aquí innecesario por lo expuesto al respecto, pero se observa que no pudo tener nunca éxito porque se pretendió hacerla en lugar distinto al domicilio del interesado, que no vive en el nº 3 A de la calle Lyra, en Breña Alta,

repetidamente visitado por los funcionarios encargados al respecto, sino en el nº 3 C de dicha calle.

Por otro lado, ha de suponerse que, en los intentos de notificación del trámite de audiencia se incluyera la Orden de referencia, como al parecer se hizo en la primera ocasión, pero en todo caso las Resoluciones, ambas de 12 de febrero de 2010, anunciando el trámite de audiencia y la decisión de ampliar el plazo resolutorio del procedimiento, han sido formuladas de modo técnicamente incorrecto.

En cuanto a la primera, nada se prevé en el art. 58 LRJAP-PAC sobre la pertinencia de intentar la notificación dos veces al interesado, pues ello se contempla en el art. 59.2 de la Ley y en relación no sólo con procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sino respecto al lugar que éste señale en dicha solicitud, de modo que sólo será el domicilio del interesado si éste así lo determinase. Y distinto es que, en un procedimiento iniciado de oficio como el presente, se intente la notificación en el domicilio de decidirlo así la Administración, cosa aquí, en principio, que no ha sido hecha pertinentemente al no ser obligatorio.

Además, tampoco es de aplicación a la actuación en cuestión el art. 59.5 de la Ley, sino el apartado anterior, el 4, aunque es claro que en este caso la aplicación del precepto adecuado no habría sido necesaria. No solo porque, como se dijo, la práctica se hizo de modo adecuado originalmente, sino porque se efectuó defectuosamente después. En cualquier caso, aparte de ser cuestionable la procedencia de publicarse una Resolución ordenando notificar por anuncio la notificación de la audiencia, bastando publicar el anuncio mismo, tal notificación se produce de este modo y, por tanto, no sólo es inadecuado añadir que el interesado puede comparecer para notificarle ese trámite, sino que lo es que se le otorgue diez días hábiles para que comparezca, pues han de ser concedidos, hecha la notificación, a los efectos del art. 84.2 LRJAP-PAC.

Respecto a la segunda, también erróneamente notificada aunque nada impedía que se tratara de hacer en el domicilio del interesado, ha de reiterarse lo referido sobre la aplicabilidad de los arts. 58 y 59.4, que no 5, LRJAP-PAC. Y, asimismo, que se notifica con el anuncio y, hecha la notificación, no procede que comparezca el interesado para serle notificada de nuevo la Resolución o el trámite de audiencia, ni que se le concedan diez días para efectuar la comparencia.

5. Realizado el anuncio de las Resoluciones comentadas y habiendo comparecido el interesado, según se indicó, el 3 de marzo de 2010 para retirar la documentación correspondiente, aquél presentó el 14 de ese mes alegaciones sobre la revisión

tramitada y la declaración de nulidad pretendida, cuestionando ambas por diversos motivos, con solicitud de archivo del expediente y otras actuaciones.

Obviamente, éste no es el lugar para analizar tales alegaciones, con los motivos y solicitudes antedichas, puesto que este Organismo ha de hacerlo a la vista de la contestación razonada de aquellas por la Administración, incluyendo la eventual aplicación al caso del art. 106 LRJAP-PAC, que ha de incluirse en la Propuesta de Resolución y que, salvo algún extremo, la analizada no efectúa.

6. Ya se indicó que el órgano instructor dictó Resolución acordando la ampliación del plazo de resolución del procedimiento revisor en trámite, procediendo ahora comentar su corrección técnico-jurídica y dejar para el Fundamento siguiente el de su pretendido efecto ampliador y, por ende, su pretensión de evitar el cumplimiento del plazo de caducidad de dicho procedimiento.

Pues bien, en cuanto a los antecedentes de esa Resolución, es de advertir la injustificada demora e incorrección en la tramitación del primer trámite del procedimiento, uno de los pocos a cumplimentar en éste junto al informe del Servicio Jurídico y la formulación del Propuesta resolutoria, el de vista y audiencia, y el inadecuado silencio sobre la inicial práctica de su notificación y su resultado; o bien, la peculiar forma en que se recoge la inadmisión por este Organismo de la solicitud de Dictamen inicialmente remitida al mismo, así como la incorrecta tramitación ulterior de la notificación, innecesariamente reiterada, de dicha audiencia.

Por lo que se refiere a sus fundamentos, es sin duda cierta la previsión del art. 102.5 LRJAP-PAC que se recoge, pero este precepto en absoluto funda un posible acuerdo de ampliación del plazo que contempla, y mucho menos del de resolución y notificación de ésta. Por otro lado, no parece que, tratándose del plazo de resolución y notificación, sea aplicable en esta cuestión el art. 49 LRJAP-PAC, siéndolo el art. 42.6 de dicha Ley, que regula específicamente su posible ampliación y, además, dentro de un precepto dedicado a ordenar singularmente dicho plazo, como se confirma en sus apartados 2 y 3.

En este contexto, cabe añadir que el propio art. 49 hace referencia a la salvedad de la existencia de otra regulación al respecto y que, desde luego, carecería de sentido establecer tantas condiciones y requisitos para poderse acordar la ampliación del plazo de resolución, que además siempre tiene carácter excepcional, y luego

permitirlo hacer, incluso a solicitud de interesado, de modo ordinario y prácticamente discrecional.

En cualquier caso y por las razones expresadas precedentemente sobre la incorrecta tramitación del trámite de audiencia y, más concretamente, sobre su improcedente notificación, no es aceptable la argumentación recogida en la Resolución para justificar la ampliación, aduciendo que lo aconsejan las circunstancias del caso y, menos aún, alegarse la necesidad, por preceptividad, de solicitarse informe del Servicio Jurídico y Dictamen del Consejo Consultivo, pues son trámites previamente conocidos y que pueden efectuarse con urgencia.

7. Justamente, el 16 de marzo de 2010 y transcurrido más de un mes del acuerdo de ampliación, se recaba el citado Informe del Servicio Jurídico, rogándose su emisión a la mayor brevedad por ser breve el plazo resolutorio. Tal demora se debe a la necesidad de respetar el plazo concedido al interesado para presentar alegaciones, que presentó como se dijo el día 14 de ese mes, y por remitirse al Servicio Jurídico por el Instructor, el siguiente día 2, ciertos comentarios relativos a dichas alegaciones junto con éstas a los efectos oportunos. Tales comentarios, en realidad, vienen a reiterar la aplicabilidad al caso del EBEP, al estar vigente cuando se dictó el acto a revisar, y, en concreto, su art. 56.1.d), permitiendo justificar la procedencia de nulidad por la causa del art. 62.1.f) LJRAP-PAC, con reiteración de la urgencia en la emisión del Informe.

El citado Informe se emite, por fin, el 26 de marzo de 2010, desconociéndose si el órgano instructor acoge sus argumentos o discrepa de ellos, debiendo en cualquier caso recogerse esta circunstancia en la Propuesta de Resolución a remitir a este Organismo para ser dictaminada, con justificación razonada de la discrepancia en su caso; lo que no puede hacerse aquí porque la Propuesta remitida al Servicio Jurídico se formuló el 16 de marzo de 2010, sin emitirse otra con posterioridad al Informe.

En este caso, además, pudiera ser relevante la cuestión al discutirse la aplicabilidad de las normas que se citan en dicha Propuesta, especialmente el EBEP y su art. 56.1.d), incluyéndose al respecto un precepto del mismo que para el Informe tiene importancia en este supuesto, el art. 96.1, puesto en conexión con el hecho de que al interesado se le sancionó por falta grave con su cese como funcionario interino del Ministerio de Justicia en relación con el Cuerpo de médicos forenses del mismo, aplicándose la Orden 2296/05.

De todos modos, tampoco puede aceptarse el argumento del informe sobre la posibilidad de revisar el nombramiento de referencia con arreglo al Anteproyecto de

Ley de Función Pública aún en tramitación, incluyendo en su momento el Dictamen de este Organismo, y susceptible de múltiples cambios obviamente. Además, no sólo no es normativa vigente, sino que no puede ser aplicada con efecto retroactivo en materia sancionadora. Por eso, no cabría aducir, en orden a la declaración de nulidad, que el nombramiento de interino del interesado se produjo antes de los tres años de producirse la sanción por falta grave de extinción del vínculo que lo impide.

8. Finalmente, sin perjuicio de lo antes expuesto sobre la pertinencia de que se formule una Propuesta resolutoria definitiva posterior al informe del Servicio Jurídico y de lo antes observado sobre la ampliación del plazo de resolución acordada, y de lo que habrá de razonarse después sobre su pretendido efecto, así como de las observaciones que también se efectuarán más tarde sobre la regulación aplicable o sobre la competencia para incoar y resolver el presente procedimiento revisor, procede indicar ahora que la Propuesta de Resolución, pese a no coincidir obviamente con la Resolución misma del procedimiento, siendo actuaciones diferentes procedimental y materialmente que emiten, además, órganos distintos, ha de formularse como tal, con el contenido previsto al respecto en el art. 89 LJRAP-PAC.

Por eso, debe contener contestación razonada a las alegaciones del interesado, aquí omitida, siendo esta actuación relevante a los fines de la adecuada emisión del Dictamen de este Organismo. Y, por otra parte, no puede recoger el resuelto que la Propuesta analizada tiene tanto en su apartado primero, pues es una actuación a realizar preceptivamente con anterioridad a la Resolución y siendo la Propuesta objeto del Dictamen, sin perjuicio de que sea el instructor que la formula quien inste la solicitud de éste al órgano competente para ello, como en el segundo, pues, independientemente del efecto del Dictamen, la Propuesta ha de concluir con la declaración de nulidad del acto revisado.

III

1. Habiéndose iniciado, constatada y reconocidamente, el procedimiento revisor el 1 de diciembre de 2009 por Orden del titular de la Consejería actuante y habiéndolo sido de oficio, el plazo de tres meses previsto en el art. 102.5 LRJAP-PAC venció el 1 de marzo de 2010. Por tanto, el procedimiento ha caducado en esa fecha, antes por consiguiente de que entrara en este Organismo la solicitud de Dictamen, e incluso de que se formulara su Propuesta de Resolución.

El motivo de que la caducidad hubiese ocurrido se ha indicado con anterioridad, siendo su causa la inadecuada actuación de la Administración en la tramitación del procedimiento, morosa por una parte e incorrecta o innecesaria por otra, cuando la sumariedad de aquél hace suficiente su resolución antes de que se cumpla el plazo antedicho con una actuación diligente y procedente en su instrucción. Lo que aquí no se ha producido en la realización del trámite de vista y audiencia, como se ha expuesto.

En definitiva, de acuerdo con reiterada y constante doctrina de este Organismo, plasmada en Dictámenes en la materia, particularmente por su singular tratamiento al respecto los Dictámenes 217/2009, 236/2009 o 307/2009, no puede evitarse el efecto *ope legis* del transcurso del plazo de referencia con un acuerdo de suspensión o ampliación del mismo; o bien, e indirectamente, suspendiéndose o ampliándose el plazo de resolución y notificación, el cual como se dijo no es coincidente con el anterior pese a tener ambos la misma, y congruente, duración.

Además, idéntica argumentación se recoge en múltiples Informes de admisión de solicitud de Dictámenes en materia revisora, advirtiéndose de la caducidad del procedimiento al recibirse o de su producción inminente e inevitable al cumplirse el plazo legal previsto al efecto, los cuales se asumen por el Pleno y se acompañan a los correspondientes Acuerdos de no tramitación que se remiten a los sujetos solicitantes a los fines procedentes, incluida la Administración autonómica.

2. Desde luego, el precepto del art. 102.5 LRJAP-PAC no prevé en absoluto que se pueda ampliar el plazo de caducidad allí establecido, ni contempla la posibilidad de que pueda hacerse por la vía de la ampliación del plazo para resolver y notificar, como excepción, alterándose la aplicación del precepto y aun la lectura de su tenor literal. En consecuencia, lo relevante para que se produzca caducidad del procedimiento es el transcurso de tres meses desde su inicio, sin más, no cabiendo su suspensión, ni la conversión de ese período de tiempo en otro.

Obviamente, lo hasta aquí expuesto ha de ser también considerado respecto al art. 49 LRJAP-PAC, si es que fuese aplicable, aunque no parece que lo sea por los motivos expresados precedentemente. Y es que la justificación de esta ordenación es idéntica tanto en relación con la suspensión, como respecto a la ampliación, cualquiera que fuese la norma que pretendiere usarse para acordarla.

Así, el art. 102.5 LRJAP-PAC es la norma específica a aplicar al ejercicio de la facultad de revisión, determinando sus características, incluidas las procedimentales. Precisamente, su razón de ser, incluida necesariamente la previsión de caducidad del

procedimiento revisor, es la naturaleza excepcional de tal facultad, de modo que su ejercicio ha de cumplir especiales condiciones y respetar estrictos límites. También, por cierto, en relación con el control superior y definitivo de los órganos judiciales sobre dicho ejercicio, tanto en sí mismo considerado, como respecto a la actuación sometida a revisión.

Por eso, sólo cabe en casos tasados que, además, han de interpretarse restrictivamente en su utilización, sin poderse interferir u obviar el control jurisdiccional. Esto es, ha de actuarse diligente y precisamente en procura de la restauración de la legalidad eventualmente vulnerada, justificación de su previsión legal, pero asimismo con necesario respeto de la seguridad jurídica y de la exigible garantía de los interesados. Y es que supone proceder contra los propios actos, normativos o no, y tiene efectos tanto sobre derechos de los particulares, patrimonializados por éstos de acuerdo con la normativa aplicable, incluso concedidos o declarados expresamente por la propia Administración, como sobre la actuación de ésta en procura del interés general, estableciendo y ejecutando normas para ello o en beneficio de los ciudadanos.

Todo ello, sin olvidar que se ejerce a causa de una actuación que la propia Administración sostiene que se ha realizado por ella con vulneración, por acción u omisión, de la regulación aplicable, que aquí se aduce está contenida tanto en el EMPESS, como en el EBEP.

A mayor abundamiento, la ordenación comentada es coherente con la antedicha finalidad de preservar el principio de legalidad (art. 9.3 CE), pues, caducado el procedimiento revisor, cabe iniciar de nuevo la revisión de la disposición afectada con idéntico fin y la misma o aun diferente causa; sin perjuicio, esto sí, de la eventual aplicabilidad al respecto de lo previsto en el art. 106 LRJAP-PAC, que lo sería antes o después de declararse la caducidad e independientemente de ella.

Y, en fin, como ya se apuntó, la previsión es razonable no sólo por las razones finalistas y garantistas expresadas, sino porque, conviniendo precisamente a la legalidad y la seguridad jurídica una actuación rápida, la sumariedad del procedimiento revisor en sus trámites comporta que un plazo de tres meses es más que suficiente para resolverlo sin agobio.

3. En todo caso, la eventual aplicabilidad del art. 49.1 LRJAP-PAC ha de efectuarse exactamente con estricto cumplimiento de las condiciones en él previstas. Y, en este sentido, no sólo cabe plantear que existe un precepto que regula

la cuestión de modo esencialmente diferente y, desde luego, sin intervención en absoluto al respecto de los interesados, ni sobre todo capacidad decisoria discrecional de la Administración, sino que no puede mantenerse que se den circunstancias admisibles que aconsejen la ampliación.

En este sentido, las circunstancias aquí producidas no son ajenas a la actuación, inadecuada en los términos que se han explicitado antes, de la Administración en el procedimiento. Por tanto, siendo esto así y comprometiéndose el vencimiento tanto del plazo para resolver como del plazo de caducidad a causa de la morosidad e incorrección administrativa, no puede aducirse por la propia Administración, como necesaria motivación del acuerdo de ampliación [art. 54.1.e) LRJAP-PAC], esta circunstancia para evitar el cumplimiento de esos plazos.

IV

En cualquier caso y a los efectos oportunos, sobre todo de acordarse el inicio de otro procedimiento revisor con idéntico fin que el caducado, como es probable que suceda, se efectúan las observaciones siguientes en adición a las realizadas previamente sobre la formulación de Propuesta resolutoria y el trámite de audiencia.

1. Según la Orden de inicio del procedimiento y la Propuesta de Resolución que figura en el expediente, es competente para iniciar y resolver la revisión la titular de la Consejería de Sanidad, Departamento de la Administración autonómica en el que se encuadra orgánicamente el Servicio Canario de la Salud, en aplicación del art. 29.1.g) LRJAP-PAC. Y, en efecto, este precepto establece que a los Consejeros, como titulares de los respectivos Departamentos administrativos o Consejerías, les corresponde las actuaciones mencionadas.

Ahora bien, de acuerdo con las previsiones en la materia de la Ley autonómica 11/1994, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC), el Servicio Canario de la Salud que se crea por ella es un Organismo Autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, aunque queda adscrito a la Consejería de Sanidad, la cual ejercerá sobre él facultades de alta dirección, control y tutela atribuidas por la propia Ley o por otras normas del Ordenamiento Jurídico, incluyéndose en todo caso en el objeto, funcional se entiende, del Servicio creado, entre otras actuaciones, la gestión y administración de los centros y servicios adscritos al mismo [arts. 50 y 51.1.g) y h) LOSC].

Por otro lado, entre las competencias atribuidas al Consejero de Sanidad no se encuentra la facultad revisora de actos del Servicio Canario de la Salud

expresamente, si bien se le atribuyen las que le confieran otras normas [art. 53.h) LOSC], pero ha de serlo en relación con el Servicio Canario de la Salud y sus funciones u objeto, lógicamente. Además, las restantes normas de la LOSC sobre el Servicio Canario de la Salud y sus órganos tampoco prevén tal facultad para éstos explícitamente, aunque el art. 58.1 establece que el Presidente del Consejo de Dirección del Servicio Canario de la Salud, que es el órgano superior de gobierno y administración del mismo (art. 55), será el Consejero antedicho, pero en concepto de tal y no como titular de este Departamento [art. 56.1.a)], y ejerce las funciones que legalmente se prevén para la Presidencia de los órganos colegiados y los representantes de Organismos Autónomos, aparte de las que disponga el Reglamento de organización y funcionamiento del Servicio (ROFSCS).

En este sentido, el art. 6.3.k) del Reglamento citado dispone que le corresponde al Consejo de Dirección las facultades de gobierno y administración, entre las que debiera estar la facultad revisora porque se trata de un Organismo Autónomo de carácter administrativo y, por tanto, de una Administración Pública (arts. 2.2 y 102 LRJAP-PAC), recordando luego el art. 7 que su Presidente ejerce las facultades que el Ordenamiento vigente atribuye a los titulares de los Organismos Autónomos.

Precisamente, según la Ley autonómica 6/2006, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias (LPCAC), entre los Organismos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias están incluidos los Organismos Autónomos, siendo Organismos creados por la Administración autonómica bajo su dependencia o vinculación para realizar actividades de gestión o ejecución, en su caso administrativas y prestacionales, propias de aquélla que, por sus características, resulta justificado hacer en régimen de descentralización funcional (art. 1.3 y 4).

En relación con ello, la disposición adicional séptima de la Ley, citada en el anterior precepto y no conociéndose que se hubiere aprobado ninguna actualización reguladora de los mismos, reitera que son Organismos Autónomos los Organismos Públicos creados por la Administración autonómica que, bajo su dependencia, se rigen por el Derecho administrativo y realizan, en régimen de descentralización y en ejecución de funciones de una Consejería, actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicio público. Además, mientras no exista actualización reguladora que lo altere, tanto la creación, modificación o supresión de los Organismos Autónomos, como su régimen jurídico se regirá por lo dispuesto en la normativa estatal.

Pues bien, la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), no afirma su carácter de normativa básica a los efectos oportunos en relación con las Comunidades Autónomas y sus respectivas Administraciones, como parece lógico dado su objeto. Sin embargo, en su art. 1 advierte que esta Ley se establece en el marco del régimen jurídico común a todas las Administraciones Públicas y contiene tanto una definición de los Organismos Públicos en función de su naturaleza y objeto en dicho art. 1, segundo párrafo, y en el art. 2.3, que es similar a la de la LPCAC, como una pormenorizada regulación de los mismos en sus arts. 41 a 65, ordenándose todas las cuestiones relativas a los Organismos Autónomos mencionadas en la disposición adicional séptima.² LPCAC.

Concretamente, la disposición adicional decimosexta.1.c) prevé que serán competentes para la revisión de oficio de los actos administrativos en los Organismos Públicos, incluidos los Administrativos, los órganos a los que estén adscritos los que sean dictados por su máximo órgano rector y tales órganos rectores los que dicten los órganos del Organismo de ellos dependientes.

Ciertamente, por su reconocido objeto, limitado a la Administración estatal, y salvo determinados preceptos que pudieran ser incluibles, por su generalidad normativa o las características comunes de los Organismos afectados, en el régimen jurídico de las Administraciones Públicas [art. 149.1.18 de la Constitución (CE)], no puede considerarse la LOFAGE, particularmente su disposición comentada, legislación básica. Pero su ordenación puede entenderse supletoria de la autonómica en la materia (art. 149.1.3 CE) y, en todo caso, resulta aplicable por remisión de la propia normativa autonómica.

Por tanto, es cuestionable aplicar a los actos del Servicio Canario de la Salud, Organismo Autónomo de carácter expresamente administrativo, sujeto a este derecho, el art. 29.1.g) LRJAPC en relación con la revisión de oficio de todos sus actos. Así, el Consejero de Sanidad, estando adscrito a esta Consejería el Servicio Canario de la Salud, sólo sería competente para iniciar y resolver el procedimiento revisor de los dictados por sus máximos órganos rectores, entendiendo por tales el Consejo de Dirección y su Presidencia o el Director del Servicio.

Justamente, el acto sometido a revisión lo dictó una Dirección General del Servicio, que no es tal, aunque se califiquen de órganos centrales las Direcciones Generales del Servicio Canario de la Salud, a la vista de las calificaciones legales al respecto, las funciones previstas en la Ley para los órganos del Servicio y el hecho, seguramente determinante, de que el art. 61 LOSC no sólo se limita a prever la

posibilidad de su creación por el ROFSCS, sin exigirla, sino que las define como órganos que están bajo la dependencia jerárquica del Director del Servicio.

2. Asimismo, tanto la Orden de inicio como la PR formulada consideran aplicables al caso, en orden a justificar la incursión del acto revisado en la causa de nulidad del art. 62.1.f) LRJAP-PAC, los arts. 30.5.e) EMPESS y 56.1.d) EBEP. Pero esta consideración no es técnicamente correcta, ni en todo caso jurídicamente adecuada en lo referente al EBEP, debiendo haber sido al respecto significativo para la Administración el hecho de que el funcionario interino afectado hubiera sido sancionado en virtud de una norma específica, la Orden del Ministerio de Justicia de referencia, y no general, así como que lo fuese con separación del servicio como sanción de falta grave, y no muy grave como exige el art. 96.1.a) EBEP, aunque con posterioridad.

Y ello, sin perjuicio de que, no tratándose ahora de sancionarlo de nuevo, sino de revisar un acto de nombramiento del mismo como funcionario interino efectuado en 2008 y, por este motivo, estando en vigor el EBEP, pudiera ser aplicada su regulación al caso que nos ocupa, aunque aquí no lo sea como se verá. Además, si se aplicare éste, el acto a revisar no debiera ser el nombramiento, sino el previo de autorización para participar en el correspondiente concurso o sistema de acceso de funcionarios interinos.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el propio EBEP [arts. 2 y 4.c)], esta normativa resulta aplicable al personal estatutario de los Servicios de Salud sin perjuicio de la legislación específica de éste que, por tal motivo, tendrá preferencia, mientras que al personal funcionario de la Administración de Justicia sólo lo será directamente cuando lo disponga su ordenación específica, aunque el EBEP sea siempre supletorio (art. 2.5).

Por consiguiente, la regulación aplicable al caso es, ante todo, la recogida en el EMPESS, aunque no lo sea inmediatamente su art. 30.5.e), pues regula la selección de personal estatutario fijo, sino el art. 33.1, que ordena la del personal temporal. Y es que, ciertamente, su segundo párrafo dispone que este personal ha de reunir los requisitos del precepto antedicho del mismo Estatuto y, por tanto, también el previsto en la letra e) de su apartado 5; es decir, no haber sido separado del servicio, mediante expediente disciplinario, de cualquier Servicio de Salud o Administración Pública en los seis años previos a la convocatoria, ni estar inhabilitado con carácter firme para ejercer funciones públicas o para la profesión de que se trate.

En cambio, no es de aplicación, no ya el art. 56.1.d) EBEP directamente, que no puede serlo al referirse a la participación en procesos selectivos de personal fijo, incluyéndose en la ordenación del Estatuto Básico sobre el acceso al empleo público y la adquisición o pérdida de la relación de servicio o la condición de funcionario de carrera, sino su art. 10.4 y 5, en su caso, pues lo es el EMPES o, de ser funcionario de la Administración de Justicia el afectado, que ya no lo es desde luego pero que lo fue a los efectos del régimen sancionador que se le aplicó en su momento, la normativa reguladora de la misma, incluida la Orden 2296/2005.

En todo caso, siendo la ordenación a tener en cuenta en este caso a los fines de aplicar el art. 62.1.f) LRJAP-PAC la que aquí se ha especificado, y no la que aparece en la Orden de inicio del procedimiento revisor o en la Propuesta de Resolución formulada, la actuación a revisar en cuanto nula por incurrir en la causa de nulidad allí prevista ha de ser, siquiera sea porque a ella se refiere tal ordenación, e incluso la del EBEP citada, la participación en el correspondiente proceso de selección de personal, en este supuesto temporal. Y ello, aunque su nulidad comportaría necesariamente la de actos sucesivos del proceso, cual sería el nombramiento de personal estatutario temporal.

Además, se recuerda que no sólo el requisito incumplido al obtenerse el derecho incumpliendo la norma aplicable ha de ser efectivamente esencial, de acuerdo con reiterada doctrina de este Organismo al respecto, plasmada en múltiples Dictámenes en esta materia revisora, en la línea de constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que cabe la eventual aplicación del art. 106 LRJAP-PAC al caso. Por eso, es relevante que la Propuesta resolutoria razone el carácter esencial de dicho requisito, así como que contenga contestación motivada de todas las alegaciones del interesado.

CONCLUSIONES

1. Por las razones expuestas en el Fundamento III, el procedimiento revisor tramitado ha caducado, procediendo resolverlo con la declaración de esta circunstancia (art. 42.1 LRJAP-PAC), siendo, en este sentido, nuestro Dictamen desfavorable a la declaración de nulidad propuesta.

2. No obstante, siempre sin perjuicio de la aplicabilidad, en su caso y si procediera, del art. 106 LRJAP-PAC, cabe el inicio de otro procedimiento de revisión del acto que proceda.

3. Se efectúan observaciones relevantes en los Fundamentos II y IV sobre la actuación efectuada.