



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 459/2013

(Sección 1ª)

La Laguna, a 26 de diciembre de 2013.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Resolución de la revisión de oficio de la Resolución nº 2602, de 29 de agosto de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud, por la que se estima el recurso de reposición interpuesto por Y.H.R., concediéndole la excedencia voluntaria por cuidado de hijos (EXP. 495/2013 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio iniciado por la Administración mediante la Resolución nº 2194, de la Directora del Servicio Canario de la Salud, de 25 de septiembre de 2013, con el propósito de declarar la nulidad de pleno Derecho de la Resolución nº 2602, de 29 de agosto de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud, por la que se estima el recurso de reposición interpuesto por Y.H.R., concediéndole la excedencia voluntaria por cuidado de hijos.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación de la Excm. Sra. Consejera para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación el primer precepto con el art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

* PONENTE: Sr. Lorenzo Tejera.

Además, de conformidad con lo previsto en este precepto, el Dictamen de este Consejo tiene carácter vinculante, por lo que es preciso que tal Dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar de lo contrario.

II

1. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obstan a un Dictamen de fondo, constando los siguientes trámites:

- El 18 de septiembre de 2013 se emite, por la Directora General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud, propuesta de inicio de expediente de revisión de oficio de la Resolución nº 2602, de 29 de agosto de 2013, de la citada Dirección, por la que se estima el recurso de reposición interpuesto por Y.H.R., concediéndole la excedencia voluntaria por cuidado de hijo.

- Mediante Resolución nº 2194, de 25 de septiembre de 2013, de la Directora del Servicio Canario de la Salud, se acuerda el inicio del procedimiento de revisión de oficio que nos ocupa, concediendo audiencia a la interesada.

- La interesada recibe notificación de inicio del procedimiento y trámite de audiencia el 3 de octubre de 2013, viniendo a presentar escrito de alegaciones el 14 de octubre de 2013.

- El 17 de octubre de 2013 se emite borrador de Propuesta de Resolución, que es informado desfavorablemente por el Servicio Jurídico el 6 de noviembre de 2013.

- El 29 de noviembre de 2013 se dicta Propuesta de Resolución, que es sometida a Dictamen de este Consejo mediante oficio de 29 de noviembre de 2013 (con Registro de Entrada en este Organismo el 3 de diciembre de 2013).

III

1. Constan como antecedentes del procedimiento que nos ocupa los siguientes:

- El 11 de julio de 2013 Y.H.R., personal estatutario del Servicio Canario de la Salud, con contrato de sustitución desde el año 2000, solicita excedencia voluntaria por tres años para el cuidado de su hija.

- Mediante Resolución nº 2308, de 17 de julio de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud, se desestimó aquella solicitud, por no reunir la interesada los requisitos de la instrucción cuarta, apartado C), punto 2, de la Instrucción nº 15/2006, de la Directora del Servicio Canario de la Salud, de 12 de diciembre de 2006, sobre aplicación al personal adscrito a los

órganos de prestación de servicios sanitarios del Servicio Canario de la Salud de determinadas medidas sobre condiciones laborales y conciliación de la vida familiar y laboral contenidas en el acuerdo suscrito el 14 de julio de 2006 entre el Gobierno de Canarias y las Organizaciones Sindicales presentes en la Mesa General de Empleados Públicos. Ello es notificado a la interesada el 24 de julio de 2013.

- El 5 de agosto de 2013, Y.H.R. presenta recurso de reposición frente a la citada Resolución.

- Mediante Resolución nº 2602, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud se estima el recurso de reposición interpuesto por la interesada, lo que se le notifica el 18 de septiembre de 2013.

- Por Resolución nº 2194, de la Directora del Servicio Canario de la Salud se inicia el procedimiento de revisión de oficio de aquella Resolución con base en que adolecía del vicio de nulidad de pleno Derecho tipificado en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, por entender que Y.H.R. carecía de los requisitos esenciales para tener derecho a la excedencia por cuidado de hijos.

IV

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución fundamenta la declaración de nulidad de Resolución nº 2602, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud por la que se estima el recurso de reposición interpuesto por la interesada, en que en dicho acto concurre la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el apartado f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al considerar que la interesada ha adquirido un derecho careciendo de los requisitos esenciales para ello, en este caso, no poseer la condición de personal estatutario fijo o interino para poder acceder al disfrute de ese derecho, exigido por la instrucción cuarta, apartado C), punto 2, de la Instrucción nº 15/2006, de la Directora del Servicio Canario de la Salud, de 12 de diciembre de 2006, sobre aplicación al personal adscrito a los órganos de prestación de servicios sanitarios del Servicio Canario de la Salud de determinadas medidas sobre condiciones laborales y conciliación de la vida familiar y laboral contenidas en el acuerdo suscrito el 14 de julio de 2006 entre el Gobierno de Canarias y las Organizaciones Sindicales presentes en la Mesa General de Empleados Públicos.

2. En primer lugar, debe recordarse, como ha tenido ocasión de resaltar en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo de Canarias, el contenido restrictivo de las causas de revisión de oficio, dado el carácter excepcional que debe tener la aplicación del régimen de las nulidades de pleno derecho, en garantía del principio de seguridad jurídica. Lo que determina, por un lado, que las causas de nulidad deban interpretarse con especial rigor, para eludir que esta vía pueda equipararse a un recurso ordinario y plantearse cualquier circunstancia o evento como cauce apto para la nulidad de pleno derecho.

Así, la regla general en nuestro Derecho es que son anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (art. 63 LRJAP-PAC), mas, sólo podrá la Administración declararlos nulos por sí misma a través del procedimiento de revisión de oficio (art. 102.1 LRJAP-PAC) si el acto incurre en alguno de los graves vicios tipificados en el art. 62.1 LRJAP-PAC, entre los que se hallan aquellos actos que atribuyan facultades o derechos sin que concurren los requisitos esenciales para su adquisición [art. 62.1.f) LRJAP-PAC].

Exige el citado precepto el carácter esencial de aquellos requisitos, lo que obliga a distinguir entre "*requisitos esenciales*" y "*requisitos necesarios*", debiendo considerarse esenciales sólo aquellos que le son realmente inherentes al acto y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida, de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma.

En el supuesto que nos ocupa, se debe determinar si concurre en la interesada el requisito establecido en la norma aplicable para obtener el derecho a la excedencia por cuidado de hijos por periodo de tres años, para analizar finalmente el carácter de aquel requisito .

V

Dispone la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, que el personal estatutario se clasifica en: personal estatutario fijo, siendo aquel que, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven (art. 8), y personal estatutario temporal, que es aquel que es nombrado por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario (art. 9).

Dentro de este personal estatutario temporal, se distinguen en la Ley los nombramientos de interinidad, de carácter eventual o de sustitución. Se señala respecto de este último: *“4. El nombramiento de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos v demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza.*

Se acordara el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando éste pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función”.

Añadiendo el último apartado del art. 9 de la norma que venimos citando: *“5. Al personal estatutario temporal le será aplicable, en cuanto sea adecuada a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo”.*

En el caso que nos ocupa, se desprende del expediente que Y.H.R. viene prestando servicios como ATS en virtud de nombramiento de naturaleza estatutaria temporal de sustitución, desde el día 1 de diciembre de 2000, esto es, desde hace trece años.

Pues bien, la Instrucción 15/2006, de 12 de diciembre, de la Directora del Servicio Canario de la Salud, de 12 de diciembre de 2006 señala en su apartado cuarto, C), punto dos lo siguiente:

“Excedencia por cuidado de hijos.

El personal fijo o interino tendrá derecho a una excedencia no superior a tres años a contar desde el nacimiento del hijo o de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

(...).

De conformidad con lo previsto en el apartado 3.1.1.B) del Pacto suscrito el 19 de diciembre de 1957 en el ámbito de la mesa sectorial de sanidad entre la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma y las Organizaciones Sindicales en el sector, sobre permisos, licencias y vacaciones, (BOC nº 86, de 15 de julio de 1998) para el cuidado de un hijo menor de un año, el personal sustituto y eventual que haya cumplido al menos un año de servicios efectivos, podrá disfrutar del permiso sin sueldo, por asuntos propios, condicionado a que no se produzcan las circunstancias de cese previstas, respectivamente, en los apartados 3 y 4 del artículo 9 del Estatuto Marco”.

En virtud de esta norma, la Propuesta de Resolución viene a señalar que, siendo Y.H.R. personal estatutario temporal de sustitución, no cuenta con el requisito esencial para la adquisición del derecho a la excedencia hasta tres años para cuidado de hijos, exigido en la antes la citada Instrucción, que se reserva al personal fijo o interino.

La propia doctrina de este Consejo, ya expresada en nuestro Dictamen 778/2010, de 26 de octubre de 2010, señala: *“La excedencia por cuidados de hijos menores persigue la misma finalidad constitucional que la excedencia por agrupación familiar (que era el supuesto que se analizaba en aquel Dictamen), de ahí que la doctrina constitucional establecida por el Tribunal Constitucional para la primera es aplicable a la segunda y que se puede resumir en que el art. 39.1 de la Constitución vincula al aplicador del Derecho de modo que éste en la interpretación y aplicación de las normas que regulan la excedencia por agrupación familiar debe perseguir la máxima realización de dicho fin constitucional y en consecuencia excluir aquellas interpretaciones que lo limitan y optar por las que la favorecen.*

Este criterio resulta no sólo del carácter de norma suprema de la Constitución, sino que además es un criterio legal recogido en los arts. 14.8, 44.1 y 51.b) de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante, L.O. 3/2007). Según esos preceptos las Administraciones públicas deben facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, establecer medidas que la aseguren, y evitar toda discriminación en el ejercicio por los trabajadores del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”.

La doctrina del Tribunal Supremo referida en aquel Dictamen se halla, entre otras, en la STC nº 240/1999, de 20 de diciembre, que fue citada por la propia interesada en el escrito del recurso de reposición interpuesto el 3 de agosto de 2013, frente a la Resolución por la que se desestimaba su solicitud de excedencia por tres años para el cuidado de su hija.

Se estimó en aquella Sentencia el recurso de amparo planteado por una facultativa, funcionaria interina con más de cinco años de ejercicio profesional en la plaza, a la que se denegó el derecho a la situación de excedencia para el cuidado de hijos por entender que dicha situación sólo era predicable del personal fijo.

Esta misma doctrina se recoge en la STC 203/2000, de 24 de julio, citada en el nuestro Dictamen 778/2010, que resuelve un recurso de amparo contra una Sentencia judicial que avaló la decisión de la Administración de denegar la excedencia para el cuidado de hijos menores a una funcionaria interina basándose en

que a esa excedencia sólo podían tener derecho los funcionarios de carrera. Su Fundamento Jurídico IV señala:

“La excedencia para el cuidado de los hijos menores además de cooperar al efectivo cumplimiento del deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos, durante su minoría de edad (art. 39.3 C.E.), constituye, en efecto, un derecho atribuido por el legislador a trabajadores y empleados públicos en orden a hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar el instituto de la familia (art. 39.1 C.E.).

La transcendencia constitucional del derecho a la excedencia para el cuidado de hijos menores, desde la perspectiva de la garantía del instituto familiar, cobra, además, en la actualidad un especial relieve, que no puede ser ignorado. Así, la protección de la familia que la Constitución exige asegurar a los poderes públicos ha llevado al legislador, atendiendo a las nuevas relaciones sociales surgidas como consecuencia de la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, a dictar recientemente la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con fundamento en los arts. 39.1 y 9.2 de la Constitución, y en objetivos expresados en el ámbito internacional y europeo (concretamente, en el ámbito comunitario, en la Directiva del Consejo 92/85, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y en la Directiva 96/34, de 3 de junio de 1996, que incorpora el Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la U.N.I.C.E., el C.E.E.P. y la C.E.S.).

Los órganos judiciales no pueden, por tanto, ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 C.E., si la diferencia de trato en relación con el disfrute del derecho a la excedencia por cuidado de hijos tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes, y sobre todo, a la transcendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde. Como señalamos en nuestra STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5, la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (STC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios

rectores de la política social y económica no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6), sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 C.E. De ese modo, una decisión que desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad acentúa la falta de justificación y razonabilidad de la resolución impugnada, como ya mantuvimos en nuestra STC 126/1994, de 25 de abril”.

Y en el siguiente Fundamento Jurídico concluye:

“En el presente caso, de acuerdo con la doctrina constitucional transcrita y acreditado el dato de que la recurrente, personal estatutario del S.A.S., equiparado a estos efectos a los funcionarios públicos, también se encontraba vinculada con la Administración en situación de interinidad por más de cinco años cuando solicitó la excedencia para el cuidado de hijos, hemos de estimar su pretensión, pues no resulta admisible, desde la perspectiva del art. 14 C.E., fundar la denegación de un derecho con transcendencia constitucional (arts. 9.2 y 39.1 C.E.) exclusivamente en el carácter temporal y en la necesaria y urgente prestación del servicio propia de la situación de interinidad. Esta interpretación de la legalidad, atendiendo a las circunstancias destacadas, resulta, como ya hemos afirmado, en extremo formalista y no aporta una justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 C.E., sin que tal resultado perturbe la facultad de la Administración de proceder a la cobertura reglamentaria de la plaza conforme a criterios organizativos generales”.

En esta sentencia, así como en la STC 240/1999, viene el Tribunal Constitucional a fundar su fallo, no en la naturaleza jurídica de la relación laboral, sino en las características propias del caso concreto, viniendo a concluir en aquéllas que un derecho de tal relevancia constitucional no puede denegarse en los supuestos en los que estamos ante una relación laboral de tan larga duración, concluyendo que el elemento determinante del derecho al reconocimiento del derecho a la excedencia para cuidado de hijos se halla, precisamente, en la duración de la relación estatutaria y en la trascendencia constitucional del derecho a la excedencia por cuidado de hijos.

Si esto es así en las SSTC señaladas, cuánto más resulta aplicable aquella doctrina al caso de Y.H.R., que es personal estatutario temporal por sustitución de un trabajador (liberado sindical), desde el 1 de enero de 2000, concurriendo en ella, por tanto, las circunstancias que han llevado a la jurisprudencia a admitir el derecho de

los interinos de larga duración de solicitar y obtener una excedencia para el cuidado de hijos, más en este caso, donde aunque formalmente es un contrato de sustitución, del expediente se desprende que es un contrato de larga duración con visas de permanencia.

Si bien la Revisión de Oficio procedería cuando coincidieran forma y contenido del contrato de sustitución, en este caso no procede la Revisión de Oficio por el carácter de larga duración del contrato.

C O N C L U S I Ó N

Se informa desfavorablemente la revisión de oficio contra la Resolución nº 2602, de 29 de agosto de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud por las razones que se expresan en la fundamentación del presente Dictamen.