



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 4 4 / 2 0 1 1

(Sección 1ª)

La Laguna, a 7 de octubre de 2011.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio, iniciado a instancia de interesada para declarar la nulidad de la Resolución 820, de 24 de abril de 2008, dictada por la Dirección del Servicio Canario de la Salud (EXP. 490/2011 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad de la Administración Autónoma es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio iniciado a instancia de interesada para declarar la nulidad de la Resolución nº 820, de 24 de abril de 2008, dictada por la Dirección del Servicio Canario de la Salud, por la que se encuadra en el grado 3 de la carrera profesional del personal diplomado sanitario del Servicio Canario de la Salud (SCS), con efectos de 1 de enero de 2008, a A.A.S.G.

La legitimación del Sra. Consejera para solicitar el Dictamen, el carácter preceptivo de la solicitud y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los artículos 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación el primer precepto con el artículo 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). Además, de conformidad con lo previsto en este precepto, es preciso que tal Dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar de lo contrario; es decir, ha de entender que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, procediendo tal declaración al

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

incurrir el acto sometido a revisión en la causa alegada por la Administración, que la justifica suficientemente.

2. La nulidad instada se fundamenta en que la Resolución a revisar incurre en la causa del apartado f) del artículo 62.1 LRJAP-PAC, considerándose por la Administración actuante, tras tramitar la solicitud de revisión, que se trata de un acto antijurídico por el que se han adquirido derechos, careciendo la interesada de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produjera.

II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento son los siguientes:

- El 4 de abril de 2008 se dicta la Resolución de referencia, afectando en la forma expresada a la interesada, ATS/DUE adscrita a la Gerencia de Atención Primaria del Área de Salud de Gran Canaria.

- Con fecha 21 de febrero de 2011, la interesada presenta escrito en la citada Gerencia en el que manifiesta que se le han planteado dudas acerca del grado en el que ha sido encuadrada, por lo que solicita *que se revise el procedimiento de encuadramiento de grado en lo que se refiere a mi persona y se me de traslado del resultado de dicha revisión.*

- Como consecuencia del escrito anteriormente mencionado, el 4 de abril de 2011 se dicta Orden por el Consejero de Sanidad por la que se dispone iniciar expediente de revisión de oficio de la citada Resolución de 24 de abril de 2008, con fundamento en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

Lo que, en puridad, no es jurídicamente correcto porque, como se ha visto, la revisión se inicia a expresa instancia de la interesada, de modo que su inicio se produce al presentarse su solicitud revisora.

2. La revisión ha sido correctamente tramitada. Se ha emitido el correspondiente informe por el Servicio de Personal de la Dirección General de Recursos Humanos, en el que consta el otorgamiento del trámite de vista y audiencia a la interesada, que no presentó alegaciones en el plazo conferido al efecto, así como el preceptivo informe del Servicio Jurídico, que estima conforme a Derecho la declaración de nulidad pretendida.

Procede no obstante advertir que la revisión, de acuerdo con su instancia, tiene por fin la declaración de nulidad parcial de la citada Resolución, pues la misma

afecta únicamente a la interesada y no al restante personal del SCS para los que, en esta misma Resolución, se dispone su correspondiente encuadramiento.

III

1. El Decreto 129/2006, de 26 de septiembre, por el que se aprueba y desarrolla el modelo de carrera profesional del personal diplomado sanitario del SCS, reguló en su disposición transitoria primera los procesos extraordinarios de encuadramiento para permitir que los profesionales sanitarios, que en el momento de la entrada en vigor de la norma prestasen servicios en el citado Organismo, tuviesen la posibilidad de completar la carrera profesional, estableciéndose dos de dichos procesos.

El proceso que afectó a la interesada es el previsto en el apartado A) de la citada disposición, según la cual los diplomados sanitarios que a la entrada en vigor del Decreto reuniesen los requisitos previstos en el artículo 10.a) y b), para su incorporación a la carrera profesional podrían acceder al encuadramiento en los respectivos grados, con los correspondientes efectos económicos, en las siguientes fechas: en el momento de la entrada en vigor del Decreto, al grado 1º; el 1 de enero de 2007, al grado 2º; el 1 de enero de 2008, al grado 3º y el 1 de enero de 2009, al grado 4º.

Al efecto (art. 10), se debía ostentar la condición de personal diplomado sanitario fijo en el SCS en la categoría correspondiente en la que pretende desarrollar la carrera profesional y encontrarse en las situaciones de servicio activo, excedencia para el cuidado de familiares, excedencia por razón de violencia doméstica o servicios especiales (apartado a), así como percibir las retribuciones por el sistema establecido por el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre (apartado b).

Además, este personal debía cumplir las restantes condiciones establecidas en la citada disposición transitoria:

- Haber completado en las fechas antes reseñadas el tiempo mínimo de ejercicio profesional que se señala: Grado 1º: 5 años; Grado 2º: 10 años; Grado 3º: 16 años; Grado 4º: 23 años.

- Haber participado en los sucesivos programas anuales de incentivación, vinculados al cumplimiento de objetivos, establecidos para la categoría desde la que se accede a la carrera profesional, de acuerdo con lo previsto en el apartado III.1 del Acuerdo suscrito el 1 de diciembre de 2001 entre la Administración Sanitaria de la

Comunidad Autónoma de Canarias y las organizaciones sindicales del sector, celebrado en el marco de la Mesa Sectorial de Sanidad, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de Canarias de 13 de diciembre de 2001, o el que lo sustituya, y acreditar su cumplimiento en un 50% en cada uno de los ejercicios de aplicación o en un 55% de promedio en la totalidad de los ejercicios evaluados. La acreditación se realizaría mediante certificación expedida por la Gerencia o Dirección Gerencia que corresponda, de conformidad con la evaluación de cumplimiento de objetivos realizada. En el supuesto de que, por cualquier razón, no se hubiese participado en los indicados programas de incentivación durante más de la mitad del período de vigencia de los mismos, el correspondiente Comité de Evaluación valoraría los conocimientos, la formación continuada, la docencia y la investigación del profesional de acuerdo a un baremo que, a estos efectos, establecería el respectivo Comité Autonómico de Garantías de la carrera profesional.

- Presentar la correspondiente solicitud por escrito ante la Dirección Gerencia o Gerencia a la que se encontrase adscrito el interesado, en los siguientes plazos: durante el mes siguiente a la fecha de entrada en vigor del Decreto, para el grado 1º y durante el mes anterior a la fecha señalada para el encuadramiento en el respectivo grado por el procedimiento previsto en este apartado, para los grados 2º, 3º y 4º.

2. En el expediente consta acreditado a través del certificado emitido al respecto por la Gerencia de Atención Primaria del Área de Salud de Gran Canaria, con fecha 9 de enero de 2008, que la interesada había prestado servicios en el SCS durante 15 años, 8 meses y cinco días a 31 de diciembre de 2007, por lo que no alcanzaba los 16 años de servicios prestados en la categoría de ATS/DUE necesarios para el encuadramiento en el grado 3 de la carrera profesional con efectos de 1 de enero de 2008. El encuadramiento en este grado se concedió pues en contravención de lo previsto en la disposición transitoria primera, apartado A), del Decreto 129/2006.

Ahora bien, de esta sola circunstancia no puede sin más alcanzarse la conclusión de que el acto es nulo de pleno Derecho, pues resulta preciso que el requisito incumplido revista carácter de *esencial*, tal como exige el artículo 62.1.f) LRJAP-PAC que sirve de fundamento a la pretensión anulatoria, obteniéndose un derecho por tal acto firme que vulnera la norma aplicable al incumplir tal requisito previsto en ella a ese fin.

Así, como ha señalado reiteradamente este Organismo, en línea con lo aducido al respecto por el Consejo de Estado y la jurisprudencia, la aplicación de esta causa de nulidad exige no sólo que un acto atributivo de derechos sea contrario al Ordenamiento Jurídico, sino también que la vulneración sea de un requisito indispensable para la atribución, sin bastar que incumpla cualquier otro exigido en la norma reguladora de aquélla aplicable al caso, debiéndose distinguir entre requisitos necesarios, todos los dispuestos, y los esenciales, sólo algunos de ellos, siéndolo cuando se conformen como la definición o identificación del acto o derecho, irreconocibles sin ellos, o bien, elementos decisivos para alcanzar la finalidad de tal norma.

En este sentido, la interpretación de la esencialidad del requisito ha de ser restrictiva y, por ende, la aplicación de esta causa de nulidad, en la estricta línea antes indicada, pues otra exégesis más amplia acabaría por desnaturalizar el carácter radical del motivo anulatorio en cuestión, permitiendo incluir en su *ratio* cualquier infracción normativa y vaciando así de contenido gran número de supuestos de simple anulabilidad previstos en el artículo 63.2 de la LRJAP-PAC.

Lo que supondría grave riesgo añadido para la seguridad jurídica al diferir los efectos de una y otra categoría de invalidez y, siendo imprescriptible la acción de nulidad, permanecerían claudicantes situaciones jurídicas cuya revisión no debe admitirse más allá del plazo cuatrienal que dispone el artículo 103 LRJAP-PAC.

3. Sin embargo, en este caso concreto, vista sus circunstancias y el hecho de que, en realidad, la afectada tendría derecho a promocionar al grado de carrera profesional, en el que se le encuadró indebidamente, poco tiempo después, a través del procedimiento ordinario previsto al efecto y cumpliéndose requisitos reglamentariamente ordenados al respecto sin duda alguna, entiende este Organismo que resulta aplicable al art. 106 LRJAP-PAC, conculcándose de lo contrario la buena fe y la equidad en relación con la interesada.

Así, ha de tenerse en cuenta la situación de la interesada tanto en el momento de dictarse la Resolución como en la actualidad y desde poco tiempo después de dictarse aquélla, estando en condiciones de promocionar por la vía ordinaria, a encuadrar en el mismo grado 3 en el que lo fue, indebidamente sin duda, poco tiempo antes.

Y es que la vía utilizada con incumplimiento del requisito temporal es en puridad un medio extraordinario para promocionar mediante encuadramiento en un grupo

previsto en la vía ordinaria sin necesidad de más trámite, al personal que presta servicios en el SCS, desde cierto tiempo antes, siempre que cumpla los requisitos ciertamente esenciales y de absolutamente ineludible cumplimiento al respecto (art. 10.a) y b) del Decreto 192/2006) y aun cierta formación en incremento para cada grado de carrera profesional, pero sin excluir idéntica promoción por la vía ordinaria a ese personal bastando el transcurso de cierto plazo, aquí escaso y coincidente con el que le faltaba a la interesada para ser encuadrada en el grupo 3 y promocionar del grupo 2 a éste.

A mayor abundamiento, por culpa de una actuación inadecuada de la Administración, que ahora se anularía, la afectada, que pudo haber promocionado hace años por la vía ordinaria, se vería ahora encuadrada en otro grupo inferior desde esa época hasta la actualidad, incluyendo los efectos económicos que comportaría en relación con las retribuciones recibidas mientras estuvo en el grupo 2.

Por tanto y en definitiva, siendo inválida la Resolución en cuestión y cabiendo incluso mantener que, por el motivo referido, incurre en la causa del art. 6.1.f) LRJAP-PAC, no procede que, en aplicación al caso del art. 106 sea declarada nula.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones expuestas, no es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución analizada, al no proceder ejercer en este supuesto la facultad revisora, sin caber en consecuencia dictar la declaración de nulidad propuesta.