



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero y

Ponente

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 13 de enero de 2011, ha examinado el *expediente de revisión de oficio instado por Dña. xxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 7 de diciembre de 2010, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de revisión de oficio instado por el Gerente de Atención Primaria de xxxx1 para declarar la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Gerencia de Atención Primaria de xxxx1 de 1 de febrero de 2010, por el que se nombra personal estatutario sustituto en la categoría de Auxiliar Administrativo a Dña. vvvvv*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 9 de diciembre de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.543/2010, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su Ponencia al Consejero Sr. Pérez Solano.

Primero.- Mediante Resolución de 29 de octubre de 2007, de la Dirección General de Recursos Humanos de la Gerencia Regional de Salud, por la que se da cumplimiento al procedimiento establecido en la Orden SAN/xx/xx, de 23 de febrero, que regula la cobertura de plazas de carácter temporal de



personal estatutario y laboral de las Instituciones Sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, se establece la relación de listas de empleo por categorías o profesiones que se abrirán en cada Área de Salud de acuerdo con lo dispuesto en su Anexo I.

Por Resolución de la Gerente de Salud de las Áreas de xxxx2 de 25 de marzo de 2008 se acuerda aprobar las listas definitivas, en el ámbito de las Áreas de Salud de xxxx2, para la cobertura de plazas de carácter temporal de personal estatutario y laboral en las Instituciones Sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, de conformidad con lo establecido por la Orden SAN/xx/xx, de 23 de febrero, y la Resolución de 29 de octubre de 2007.

El 1 de febrero de 2010 el Gerente de Atención Primaria formaliza el nombramiento de personal no sanitario a favor de Dña. vvvvv, en sustitución de Dña. zzzzz en el Centro de Salud hhhh1 de xxxx3.

Segundo.- El 2 de agosto de 2010 tiene entrada en el registro del Servicio Territorial de Sanidad de la Delegación Territorial en xxxx2 escrito de Dña. xxxxx, que ocupa el puesto número 190 de la lista de empleo temporal de personal estatutario en la categoría de Auxiliar Administrativo, aprobada por Resolución antes citada de 25 de marzo de 2008 del Gerente de Salud de las Áreas de xxxx2, en el que manifiesta que tiene mejor derecho al referido nombramiento que Dña. vvvvv, puesto que ésta no figura en la referida lista de empleo temporal. Por ello solicita que se le ofrezca un contrato de la misma duración que el ofrecido a Dña. vvvvv.

Tercero.- Por Resolución del Gerente de Atención Primaria de xxxx1 de 15 de septiembre de 2010 se acuerda el inicio de la revisión de oficio del nombramiento temporal como personal estatutario de Dña. vvvvv, en la categoría de Auxiliar Administrativo en el Centro de Salud de xxxx3, al haberse podido incurrir en un vicio de nulidad de pleno derecho establecido en el artículo 62.1 f) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Cuarto.- El 27 de septiembre de 2010 tiene entrada en el Registro de la Delegación Territorial en xxxx2 un escrito de Dña. xxxxx en el que expone que "a.- Se proceda a anular el nombramiento objeto del mismo en virtud de causa legal, pues no concurre en Dña. vvvvv el requisito imprescindible de contar



como aspirante en la correspondiente bolsa de empleo, con los efectos que en derecho proceden.

»b.- Se proceda nombrarme, si reúno los requisitos para ello, pues en la fecha en cuestión figuraba como aspirante en posición para acceder al nombramiento o subsidiariamente se proceda a otorgarme otro nombramiento análogo, y en cualquiera de ambos casos a resarcir los daños y perjuicios causados”.

Quinto.- El 17 de septiembre de 2010 se notifica a las interesadas la Resolución del Gerente de Atención Primaria de xxxx1 de 15 de septiembre de 2010 por la que se acuerda el inicio del expediente de revisión de oficio y se les concede trámite de audiencia. Durante el plazo otorgado para ello no presentan alegaciones.

Sexto.- El 17 de noviembre de 2010 se formula propuesta de orden de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad para declarar nulo de pleno derecho el nombramiento de personal estatutario sustituto en la categoría de Auxiliar Administrativo, formalizado el 1 de febrero de 2008 por la Gerencia de Atención Primaria de xxxx1 a favor de Dña. vvvvv.

Séptimo.- El 22 de noviembre de 2010 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de orden citada.

Octavo.- Mediante Acuerdo del Consejero de Sanidad de 24 de noviembre de 2010 notificado a las interesadas, se suspende el plazo para resolver el procedimiento hasta tanto el Consejo Consultivo de Castilla y León emita el preceptivo dictamen.

En tal estado de tramitación se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

Noveno.- El 21 de diciembre de 2010 tiene entrada en el registro del Consejo Consultivo de Castilla y León copia compulsada de los acuses de recibo de las notificaciones a las interesadas del Acuerdo de suspensión del plazo para resolver, de 1 y 4 de diciembre de 2010.



II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h, 2º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado b), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La competencia para resolver el presente procedimiento de declaración de nulidad corresponde al Consejero de Sanidad, en cuanto órgano superior del autor del acto sometido a revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102.1 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, puesto en relación con los artículos 60.2 y 63.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y en el artículo 21.3 del Reglamento General de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, aprobado por Decreto 287/2001 de 13 de diciembre que establece que a los efectos de revisión de oficio de actos nulos tendrá la consideración de órgano superior del Director gerente el Consejero de Sanidad.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento de revisión de oficio incoado por el Gerente de Atención Primaria de xxxx1 para declarar la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Gerencia de Atención Primaria de xxxx1 de 1 de febrero de 2010, por el que se nombra personal estatutario sustituto en la categoría de Auxiliar Administrativo a Dña. vvvvv.

En el caso examinado el procedimiento revisor ha sido incoado de oficio - esto es, a iniciativa de la propia Administración autora del acto controvertido-, mediante Resolución del Gerente de Atención Primaria de xxxx1 de 15 de septiembre de 2010, mientras que la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de revisión se acuerda el 24



de noviembre de 2010 y se notifica a las interesadas el 1 y 4 de diciembre, respectivamente.

Por todo ello, este Consejo Consultivo considera, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que el procedimiento de revisión de oficio a que se refiere la presente consulta no ha caducado, por lo que procede entrar a conocer el fondo del asunto.

El artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que "Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, 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".

Por lo tanto, para dar curso al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho es necesario que concurran los siguientes requisitos:

- Que se encuentren en uno de los supuestos enumerados en el artículo 62.1, o que, al amparo de la última letra del citado precepto, estén expresamente previstos en una ley.
- Que pongan fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, si bien este último es un requisito que sólo jugará cuando se inicie la revisión a instancia del interesado y no cuando el procedimiento sea instado de oficio por la propia Administración autora del acto.
- Que la solicitud de revisión de oficio se inste por persona interesada o de oficio por la propia Administración.

Comprobados los requisitos de forma y procedimiento que atañen al presente expediente, procede entrar a considerar el fondo de la cuestión.

Tal como ha manifestado el Consejo de Estado, la revisión de oficio de los actos administrativos constituye un supuesto excepcional en virtud del cual la Administración, conforme a una privilegiada facultad de autotutela, puede,



por iniciativa propia o a solicitud del interesado, anular o declarar la nulidad de sus propios actos sin necesidad de acudir al proceso jurisdiccional contencioso-administrativo. "Se trata de un auténtico procedimiento administrativo especial de naturaleza autónoma" (Dictamen del Consejo de Estado nº 4.313/1998).

Las causas habilitantes para que la Administración Pública declare la nulidad de una resolución son las enumeradas en el citado artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Estas causas han de ser objeto de interpretación estricta, habida cuenta, de una parte, su propia naturaleza, y, de otra, el carácter singular de la potestad administrativa de autotutela prevista en el artículo 102 del mismo cuerpo legal.

El artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece que son nulos de pleno derecho "Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición". Se trata, pues, de considerar si el discutido Acuerdo de nombramiento puede encuadrarse en este supuesto de nulidad.

Al respecto cabe advertir que el vicio de nulidad previsto en el artículo citado ha sido interpretado restrictivamente por el Consejo de Estado. Como ya señaló el Consejo Consultivo de Castilla y León en su Dictamen 336/2005, de 28 de abril, "se requiere no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales, es decir, relativos a la estructura definitoria del acto, para la adquisición de los derechos por su beneficiario. En este sentido cabe recordar la distinción, realizada por el Consejo de Estado en numerosos dictámenes (véanse el nº 2.454/1994, antes citado, o los nº 5.577/1997 y 5.796/97, entre otros muchos), entre «requisitos necesarios» y «requisitos esenciales». No todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de «esenciales»".

La cuestión principal consiste en determinar qué requisitos pueden ser considerados como esenciales, lo cual no puede establecerse apriorísticamente para todos los supuestos de posible nulidad, sino de manera individual para cada uno de ellos.



En el presente caso, en el nombramiento de Dña. vvvvv en sustitución de Dña. zzzzz no concurre como causa de nulidad la invocada en el Acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión, recogida en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, puesto que en ningún momento se ha planteado que la interesada adoleciera de algún requisito esencial.

El artículo 5 de la Orden xx/xx, de 23 de febrero, regula la cobertura de plazas de carácter temporal de personal estatutario y laboral de las Instituciones Sanitarias y determina los requisitos de acceso a las bolsas de empleo temporal y de efectividad en la aceptación del nombramiento. Así: "1. Para el acceso a la Lista, los candidatos deberán reunir, los siguientes requisitos:

»a) Poseer la nacionalidad española o la de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, u ostentar el derecho a la libre circulación de trabajadores conforme al Tratado de la Unión Europea (...) o a otros Tratados ratificados por España, o tener reconocido tal derecho por norma legal.

»b) Estar en posesión de la titulación exigida en la convocatoria o en condiciones de obtenerla dentro del plazo de presentación de solicitudes.

»c) Poseer la capacidad funcional necesaria para el desempeño de las funciones que se deriven del correspondiente nombramiento.

»d) Tener cumplidos 18 años y no exceder de la edad de jubilación forzosa.

»e) No haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquier Servicio de Salud o Administración Pública en los seis años anteriores a la convocatoria, ni hallarse inhabilitado con carácter firme para el ejercicio de funciones públicas ni, en su caso, para la correspondiente profesión.

»f) En el caso de los nacionales de otros estados mencionados en el párrafo a) anterior, no encontrarse inhabilitado por sanción o pena, para el ejercicio profesional o para el acceso a funciones o servicios públicos en un Estado miembro, ni haber sido separado por sanción disciplinaria de alguna de



sus Administraciones o Servicios públicos en los seis años anteriores a la convocatoria.

»g) No estar inscrito, simultáneamente, por cada categoría profesional, en más de un Área de Salud. Será causa de exclusión de las listas la presentación por el aspirante de más de una solicitud para la misma categoría o profesión, o si indicare en la misma distintas Áreas de Salud en las que deseara estar inscrito.

»2. Los requisitos previstos en los apartados anteriores se referirán al último día de presentación de instancias y deberán mantenerse durante la vigencia de las listas. La comprobación durante la vigencia de las listas de la falta de alguno de los requisitos anteriormente señalados, será causa de exclusión del aspirante de la correspondiente lista de empleo. En el caso de haber sido nombrado, se acordará el cese, previa audiencia del interesado.

»3. Para la efectividad en la aceptación del nombramiento, los miembros de las listas deberán reunir los requisitos siguientes:

»a) Cumplir los requisitos legales exigibles para el desempeño de las funciones del puesto.

»b) No padecer enfermedad o defecto físico o psíquico que impida o menoscabe el ejercicio de las funciones correspondientes”.

Dña. vvvvv reúne los requisitos esenciales para formar parte de la bolsa de empleo y, de hecho, formó parte de otras bolsas de empleo con anterioridad, lo que se corrobora con los servicios prestados que figuran en la certificación incorporada al expediente, pero no en el presente nombramiento, por lo cual éste se realizó prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, al no estar incluida en la bolsa de empleo aprobada por Resolución de 25 de marzo de 2008, por lo que resultaría de aplicación la causa de nulidad de pleno derecho recogida en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Debe recordarse que la doctrina, tanto del Consejo de Estado como de este Consejo Consultivo, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo requieren



que, para que pueda haber lugar a la revisión de un acto firme motivado en la causa contemplada en el artículo 62.1.e) -"actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido"-, se precisa que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que no consistan en defectos leves. Es necesario apreciar con rigor que el procedimiento se ha violentado de modo terminante y claro, sin que baste con haber prescindido de algún trámite, o que se ha producido alguna anomalía esencial en la tramitación.

El artículo 33.1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud dispone que la selección de personal estatutario temporal se efectuará a través de procedimientos que permitan la máxima agilidad en la selección, que se basarán en los principios de mérito, capacidad, competencia y publicidad y que serán establecidos previa negociación en las mesas correspondientes.

Del mismo modo se pronuncia el artículo 34 de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León.

Con anterioridad a esta Ley, la Orden SAN/xx/xx, de 23 de febrero, reguló la cobertura de plazas de carácter temporal de personal estatutario y laboral de las Instituciones Sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, establece en su artículo 2 una lista o bolsa de empleo en cada Área de Salud, con inclusión de la correspondiente a la categoría de Auxiliar Administrativo.

El artículo 10 de la citada Orden regula el funcionamiento de las listas y orden de llamamiento, y en su apartado 1 dispone: "Los llamamientos para la cobertura de interinidades por plazas vacantes y por sustitución en los supuestos de Excedencia por cuidado de hijos o familiar u otras situaciones que den lugar a reserva de puesto de trabajo, Comisiones de Servicio, Promoción Interna temporal a excepción de la concedida para situaciones comprendidas en el apartado 2, así como para sustituir a Liberados Sindicales a tiempo completo, se efectuarán teniendo en cuenta el orden en la lista de Área de Salud, que permanecerá inalterable durante su vigencia. La aceptación de un nombramiento de los anteriormente señalados supondrá pasar a la situación de no disponible, en tanto se mantenga el mismo, en todas las listas de la



profesión o categoría en las que estuviere inscrito, por lo que no se le podrá ofertar ningún otro nombramiento o contrato. Una vez finalizado el nombramiento, volverá a la situación de disponible en todas las listas en las que estuviere inscrito.

»Cuando a algún trabajador le correspondiera por el orden de la lista de Área de Salud el nombramiento en alguna plaza de las contempladas en este apartado y se encontrase en ese momento realizando cualquier nombramiento de los contemplados en el apartado 2 de este artículo, se le ofertará la misma cesando en la que viniera desempeñando. En el caso de renuncia a la misma, se procederá a su penalización de conformidad con lo establecido en el artículo 13.1 a)».

La bolsa vigente cuando se designó a Dña. vvvvv en el nombramiento conferido el 1 de febrero de 2010 derivaba de la convocatoria efectuada por Resolución de 29 de octubre de 2007. Una vez que finalizó el procedimiento la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxx2 dictó Resolución de 25 de marzo de 2008 por la que se aprobaron las listas definitivas de empleo temporal. En la lista correspondiente a la categoría de Auxiliar Administrativo no figuraba Dña. vvvvv, por lo cual la formalización del nombramiento se habría realizado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Por ello procede declarar la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Gerencia de Atención Primaria de xxxx1 de 1 de febrero de 2010, por el que se nombra personal estatutario sustituto en la categoría de Auxiliar Administrativo a Dña. vvvvv, en virtud de lo establecido en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992.

Asimismo, no puede dejar de advertirse de que la omisión de procedimiento legalmente establecido y el nombramiento de la sustituta sin estar incluida en la bolsa de empleo implican también la vulneración del artículo 23.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos; lo que, a juicio de este Consejo Consultivo, permitiría apreciar la concurrencia de la causa prevista en la letra a) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (actos que lesionen derechos o libertades susceptibles de amparo constitucional).

4ª.- En cuanto a las peticiones solicitadas por Dña. xxxxx, no procede realizar manifestación alguna en el marco del presente procedimiento de



revisión de oficio, puesto que en el caso de que las necesidades de cobertura del puesto perduraran y hubiera que realizar un nuevo nombramiento, no se ha acreditado que éste debiera realizarse a favor de Dña xxxxx.

Por último, la ausencia de referencia alguna sobre la eventual producción de daños, así como, en su caso, sobre su valoración, impide a este Consejo pronunciarse sobre este extremo.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa que:

Procede que se declare, en los términos expuestos en el presente dictamen, la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Gerencia de Atención Primaria de xxxx1 de 1 de febrero de 2010, por el que se nombra personal estatutario sustituto en la categoría de Auxiliar Administrativo a Dña. vvvvv.

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