

En Logroño, a 26 de febrero de 2018, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José M^a Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

9/18

Correspondiente a la consulta formulada por la Excma. Sra. Consejera de Salud como Presidenta del SERIS sobre el procedimiento administrativo de *revisión de oficio de la Resolución de 16 de marzo de 2017, de la Presidencia del SERIS, sobre integración de D^a M.N.P.M. en la condición de personal estatutario del SERIS con categoría de “Celador” por carecer de los requisitos legales precisos para ello.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

El procedimiento de revisión de oficio que es objeto del presente dictamen se inicia mediante Resolución de fecha 29 de noviembre de 2017. Del expediente remitido a este Consejo Consultivo, se desprende el siguiente relato fáctico:

-Con fecha 27 de febrero de 2017, la referida interesada, funcionaria de carrera perteneciente al Cuerpo Subalterno de Administración General (AG) y que prestaba sus servicios en el Centro Asistencial *Albelda de Iregua* del SERIS, en la situación de servicio activo, presentó un escrito, dirigido a la Dirección de Recursos Humanos de la Gerencia del SERIS (E-62080), por el que solicitó ser integrada en la condición de personal estatutario del SERIS, al amparo del Decreto 110/2007, de 31 de agosto, por el que se establece el procedimiento para la integración en la condición de personal estatutario del SERIS.

-El 16 de marzo de 2017, el Servicio de Recursos Humanos de la Dirección de Recursos Humanos de la Gerencia del SERIS emitió un informe favorable para la estatutorización de la interesada, al considerar que, según los datos obrantes en el expediente de la Dirección de Recursos Humanos, la misma reunía – a la fecha prevista de

la estatutorización (20 de marzo de 2017) – los requisitos establecidos en el precitado Decreto 110/2007. En concreto, se comprobó que, en la fecha de emisión del citado informe (16 de marzo de 2017) y a la fecha prevista de estatutorización (20 de marzo), la interesada era funcionaria de carrera en el Centro Asistencial *Albelda de Iregua* del SERIS, en situación de servicio activo, y que poseía la titulación exigida para acceder a la categoría estatutaria de “Celador”, que es la categoría en la que le correspondía estatutorizarse, conforme al Anexo del expresado Decreto 110/2007.

-El 16 de marzo de 2017, la Presidencia del SERIS, a la vista del informe favorable de la Dirección de Recursos Humanos, dictó la Resolución de integración en la condición de personal estatutario del SERIS de la interesada, con la categoría de “Celador” y con efectos del 20 de marzo de 2017.

-El 20 de marzo de 2017, la Directora Recursos Humanos dictó de oficio, con motivo de la estatutorización, la Resolución por la que se declaró, a la interesada, en la situación de excedencia voluntaria, por prestar servicios en el Sector público en una plaza de funcionaria del Cuerpo de “Subalternos” con motivo de su estatutorización con efectos del mismo día. La nueva situación de excedencia voluntaria por prestar servicios en el Sector público, en la categoría estatutaria de “Celador”, declarada de oficio, no implica cambio de puesto de trabajo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.1 c) del reiterado Decreto 110/2007. En consecuencia, la Resolución de estatutorización no implica, en ningún caso, baja en la organización ni en nómina.

-El 13 de septiembre de 2017, la interesada presentó un escrito ante el SERIS en el que comunicó: i) que, el 28 de febrero de 2017, había tomado posesión como funcionaria de carrera en el Cuerpo de “Subalternos”, en la Consejería de Educación, Formación y Empleo de la Comunidad Autónoma de La Rioja (CAR), tras su participación en el concurso de traslados convocado por Resolución 930/2016, de 17 de agosto, de la Consejería de Administración Pública y Hacienda (B.O.R. núm. 97, del 24); y ii) que, tras la toma de posesión, el 28 de febrero de 2017, ha continuado percibiendo la nómina del SERIS por lo que solicita que se suspenda el pago de la misma y se proceda a contactar con ella para proceder a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas.

-Como consecuencia de dicho escrito, en fecha 28 de noviembre de 2017, se dicta Propuesta de resolución para la revisión de oficio de la Resolución de 16 de marzo de 2017, de la Presidencia del SERIS, sobre integración de la interesada en la condición de personal estatutario del SERIS con categoría de “Celador”.

-Por Resolución de la Presidenta del SERIS de fecha 29 de noviembre de 2017, se acuerda el inicio del procedimiento de revisión de oficio que nos ocupa.

-Notificado el trámite de audiencia a la interesada en fecha 5 de diciembre de 2017, no consta que se haya presentado alegación alguna.

-En fecha 3 de enero de 2018, se dicta la Propuesta de resolución en el sentido de declarar nula la Resolución de 16 de marzo de 2017, de la Presidencia del SERIS, sobre integración de la interesada en la condición de personal estatutario del SERIS con categoría de “Celador”, con efectos de 20 de marzo de 2017; y de ordenar la devolución de los ingresos indebidamente percibidos en concepto de nómina del SERIS. Dicha Propuesta de resolución fue informada favorablemente por los Servicios Jurídicos mediante informe de fecha 22 de enero de 2018.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 28 de enero de 2018, y registrado de entrada en este Consejo el 30 de enero de 2018, la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja, como Presidenta del SERIS, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 31 de enero de 2018, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo

El carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo en los casos de revisión de los actos administrativos resulta, con toda claridad, de lo dispuesto en el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15), a cuyo tenor: *“las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del 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 47.1”*.

Reiteran la necesidad del dictamen del Consejo Consultivo en estos casos nuestra Ley reguladora (Ley 3/2001, de 31 de mayo, art. 11.f) y el Reglamento que la desarrolla (aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero art. 12.2.f).

Por lo demás, como claramente se infiere del art. 106.1 LPAC'15, el dictamen del Consejo Consultivo en materia de revisión de actos administrativos es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiere sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

Segundo

Sobre la nulidad de pleno derecho de la Resolución de 16 de marzo de 2017, de la Presidencia del SERIS, sobre integración de la interesada en la condición de personal estatutario del SERIS con categoría de “Celador”, con efectos de 20 de marzo de 2017

1. El art. 47.1.f) LPAC'15 dispone 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”*.

A) La jurisprudencia y la doctrina han insistido con reiteración en la necesidad de interpretar restrictivamente los preceptos que tipifican las causas de nulidad de los actos administrativos. Y ello, porque la categoría jurídica de la nulidad de pleno Derecho es, dentro de la teoría de la invalidez del acto administrativo, una excepción frente a la

anulabilidad, que constituye, a su vez, la consecuencia prevista, como regla general, para los supuestos en que un acto administrativo contraviene el ordenamiento jurídico (art. 48.1 LPAC'15). Así lo han señalado, entre otros muchos, el Dictamen del Consejo de Estado (DCE) núm. 485/2012, de 24 de mayo, y los en él citados.

Por ese mismo carácter excepcional de la nulidad de pleno Derecho, en la aplicación del art. 47.1.f) LPAC'15 (y de su precedente art. 62.1.f) LPAC'92, es decir, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) la jurisprudencia y la doctrina han trazado un concepto sumamente estricto de lo que debe entenderse por “requisitos esenciales” cuya ausencia determina la nulidad radical de los actos administrativos atributivos de derechos o facultades.

A pesar de la dificultad de establecer un criterio interpretativo general en una materia que, por su propia naturaleza, es esencialmente casuística, pueden señalarse, como orientaciones generales, que solamente son requisitos esenciales *“los auténticos presupuestos que explican y justifican la adquisición del derecho o facultad de que se trate”* (DCE 845/2013), o, en palabras del DCE 2.741/2010, *“los relativos a la estructura definitiva del acto”*.

Por otra parte, la calificación de un requisito como *“esencial”* ha de ceñirse *“al objeto, causa y fin del acto administrativo de que se trate”* (DCE nº 461/2009); añadiendo el DCE nº 485/2012 que *“la esencialidad presupone que ha de tratarse de un requisito que objetivamente el interesado no puede llegar a cumplir en ningún momento, por tratarse de un hecho acontecido invariable que elimina cualquier posibilidad de subsanación, y que no precisa, para constatar su carencia, de la interpretación de norma jurídica alguna”*.

En iguales términos, la Sala 3ª del Tribunal Supremo (TS) ha indicado que *“no todos los requisitos necesarios para ser titular de un derecho pueden reputarse “esenciales”: tan sólo los más significativos y directa e indisociablemente ligados a la naturaleza misma de aquél”* (STS 26-11-2008, R.Cas 1988/2006).

Esta misma idea la ha expresado el Consejo Consultivo de Canarias (Dictamen 585/2011) al señalar que la expresión “requisito esencial” de un acto administrativo debe reservarse a *“aquellos que le son realmente inherentes 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”*.

B) Por nuestra parte y en la misma línea, hemos perfilado esta doctrina, sosteniendo en diversos dictámenes: i) que hay que reconocer la dificultad de establecer un criterio interpretativo general en una materia que, por su propia naturaleza, es esencialmente

casuística (D.44/17); y ii) que no todos los requisitos para la adquisición de una facultad o derecho merecen la calificación de *esenciales*, pues, como ha señalado el Consejo de Estado (DCE 2151/09), una interpretación amplia de los mismos comportaría fácilmente una desnaturalización de las causas legales de invalidez, por cuanto la carencia de uno de ellos determinaría la nulidad de pleno derecho, vaciando de contenido no pocos supuestos de simple anulabilidad, lo que representaría un grave peligro para la seguridad jurídica (D.96/10, D.40/11, D.44/11 y D.44/17).

Por tanto, en nuestro criterio, la *esencialidad* de los requisitos debe: i) referirse al sujeto que realiza o al objeto sobre el que recae la actividad; ii) ser incontrovertible; iii) afectar a un acto que determine el nacimiento de un derecho o un facultad en el sujeto, como sucede en los nombramientos y las concesiones, o que posibilite la efectividad de uno que el sujeto ya tenía, como ocurre en el caso de las autorizaciones; y iv) quedar reservada para los requisitos más básicos y significativos que estén, directa e indisolublemente, ligados a la naturaleza misma del derecho o facultad adquiridos, como son los que determinan, en sentido estricto, la adquisición del derecho o facultad de que se trate (D.96/10, D.40/11, D.44/11 y D.44/17, entre otros).

Esta doctrina conlleva: i) que el art. 47.1.f) LPAC'15 (como antes el art. 62.1.f) LPAC'92) debe ser objeto de una interpretación *estricta* para evitar una interpretación extensiva y amplia de los requisitos *esenciales* (D.40/11, D.44/11 y D.44/17, entre otros); y ii) que debe distinguirse entre requisitos *esenciales* y meramente *necesarios*, pues sólo los primeros pueden fundar una declaración de nulidad de pleno Derecho (D.96/10, D.40/11 y D.44/11).

2. Pues bien, en el caso que nos ocupa, el análisis de las circunstancias fácticas y de las normas jurídicas expuestas en los fundamentos precedentes permite ya obtener las siguientes conclusiones:

-La Resolución de 16 de marzo de 2017, de la Presidencia del SERIS, por la que se estatutoriza a la interesada con efectos de 20 de marzo, atiende a los datos obrantes en el expediente de la Dirección de Recursos Humanos en ese momento, conforme a los cuales cumplía los requisitos exigidos por el art. 2 del Decreto 110/2007, de 31 de agosto.

-Sin embargo, a la vista del escrito de 13 de septiembre de 2017 por el que la interesada comunica a la Administración que había tomado posesión, el 28 de febrero de 2017, como Subalterno en la Administración General, se tiene conocimiento de lo siguiente: **a)** de que la Resolución de estatutorización de la interesada se dictó sin que se cumplieran los requisitos exigidos por el Decreto 110/2007, en concreto el requisito de estar en servicio activo o tener reserva de puesto de trabajo por alguna de las causas establecidas en la legislación vigente, en los Centros, Servicios y Establecimientos sanitarios del SERIS; y **b)** de que la citada estatutorización generó una concurrencia

imposible de situaciones administrativas que fueron: **i)** desde el 28 de febrero al 19 de marzo, la interesada estuvo simultáneamente en servicio activo como funcionaria Subalterno en el Centro Asistencial *Albelda de Iregua* (SERIS) y como funcionaria Subalterno en la Consejería de Educación, Formación y Empleo (Administración General de la CAR); y **ii)** a partir del 20 de marzo, la interesada estuvo, simultáneamente, en servicio activo como Celador estatutario en el *Centro Asistencial Albelda de Iregua* (SERIS) y como funcionaria del Cuerpo Subalterno en la Consejería de Educación, Formación y Empleo (Administración General de la CAR).

-Además, a partir de esa misma fecha, 20 de marzo, la interesada se encuentra en excedencia por prestar servicios en el Sector público como funcionaria en el Cuerpo de Subalterno, que es claramente incompatible con estar en servicio activo en el mismo Cuerpo.

-A efectos administrativos, se encuentra, simultáneamente y durante seis meses, en servicio activo en dos organismos –como Celador estatutario en el SERIS y como Subalterno funcionario en la Administración General de la CAR;- y, en consecuencia, percibe dos nóminas durante este período, lo cual es contrario al art. 3 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

-Desde el 16 de diciembre de 2016, fecha en la que se publica en el BOR la adjudicación definitiva de la plaza obtenida por la interesada en el concurso de traslados convocado por la Administración General de la CAR, la referida interesada ya era conocedora de su incorporación a dicha Administración, momento en el que dejó de cumplir los requisitos necesarios para ser estatutorizada en el SERIS. Sin embargo, dicha interesada, el 27 de febrero de 2017, solicitó la estatutorización en el SERIS; y, el 28 de febrero, tomó posesión como funcionaria de carrera en el Cuerpo de Subalternos de la Administración General de la CAR, como adjudicataria del concurso de traslados, sin comunicar dicha circunstancia al SERIS hasta el 13 de septiembre de 2017.

-Por lo tanto, al dictarse la Resolución de 16 de marzo de 2017, la interesada carecía del requisito esencial para poder ser estatutorizada, cual es el de encontrarse en situación de servicio activo en alguno de los Centros, Servicios o Establecimientos sanitarios del SERIS.

-Además, la interesada carece de otro requisito esencial para ser estatutorizada, cual es el de que no se haya producido *solución de continuidad* en la prestación de servicios al SERIS, requisito exigido por el art. 3.1, c) del Decreto 110/2007.

-Por todo ello, existen dudas de que concurre el supuesto contemplado en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15), por lo que procede la revisión de oficio de la Resolución de 16 de marzo de 2017, de la Presidencia del SERIS, por la que se estatutorizó a la interesada con efectos de 20 de marzo.

-Consecuencia lógica de lo anterior es la obligación de la interesada de devolver las cantidades indebidamente percibidas, durante el periodo de tiempo que ha cobrado dos nóminas.

CONCLUSIONES

Única

Procede la revisión de oficio de la Resolución de 16 de marzo de 2017, de la Presidencia del SERIS, por la que se estatutorizó a la interesada con efectos de 20 de marzo.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero