



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 30/2014

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 3 de febrero de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excmra. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficios registrados los días 21 de marzo y 23 de diciembre de 2013, sobre revisión de oficio de las resoluciones del Director de la Gerencia de Atención Primaria del Área de Salud II de Cartagena, por las que se otorgaron diversos nombramientos como Auxiliar Administrativo a x, en los años 2008, 2009 y 2010 (expte. 102/13), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha de 8 de octubre de 2012, el Servicio de Selección de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Murciano de Salud emite informe según el cual x figuraba en el listado de puntuación definitiva de la bolsa de trabajo de Auxiliares Administrativos correspondiente al plazo de presentación de méritos e instancias de 31 de octubre de 2007, con un total de 30 puntos y tenía solicitadas las áreas de salud 2 y 8, en los ámbitos de atención primaria y especializada.

En la siguiente convocatoria, correspondiente al plazo de presentación de méritos de 31 de octubre de 2008 figuraba también con 30 puntos y tenía solicitadas las mismas áreas de salud y los mismos ámbitos.

La vigencia de estas convocatorias abarcó los siguientes períodos:

- 31 de octubre de 2007. Entre el 21 de mayo de 2008 y el 27 de mayo de 2009.

- 31 de octubre de 2008. Entre el 28 de mayo de 2009 y el 24 de mayo de 2010.

Durante estos períodos, x desempeñó trabajos en centros dependientes de la Gerencia de Atención Primaria de Cartagena, con ocasión de los 33 nombramientos (la mayoría de duración no superior a un día) de que fue beneficiaria en el período comprendido entre el 29 de mayo de 2008 y el 29 de enero de 2010.

De todos ellos destacan los cuatro nombramientos referidos al EAP San Antón, entre el 12 de febrero y el 31 de agosto de 2009, por haber sido desempeñados de manera ininterrumpida en el mismo centro y tener una duración total de 6 meses y 20 días.

Para el primero de estos nombramientos, el primer aspirante disponible para prestar servicios el día 12 de febrero de 2012 (sic) era x, quien figuraba en el listado definitivo de puntuación de dicha convocatoria con 91 puntos. Entre esta aspirante y x figuraban en el programa de la bolsa de trabajo 2.500 aspirantes disponibles con más derecho para desempeñar dicho nombramiento.

Se informa, además, que los períodos trabajados durante la vigencia de estas dos bolsas de trabajo supusieron que, en el apartado B1 del baremo correspondiente a la bolsa de trabajo de auxiliares administrativos cuyo plazo de presentación de méritos e instancias finalizó el 31 de octubre de 2009, x sumara un total de 14 puntos.

SEGUNDO.- El 30 de octubre de 2012 se requirió al Director Gerente del Área de Salud II de Cartagena la emisión de un informe sobre las circunstancias en las que se habían otorgado a la interesada los nombramientos analizados, que fue emitido el 28 de diciembre de 2012, y en el que sustancialmente se manifiesta lo siguiente:

- Que el 12 de febrero de 2009 se otorgó a x un nombramiento para prestar servicios como auxiliar administrativo en el EAP San Antón-Cartagena para sustituir a x, durante el permiso para asistir a un curso de formación.
- Que con fecha de 13 de febrero de 2009 se le otorgó un nuevo nombramiento para sustituir a x al haber sufrido ésta un accidente de trabajo, que se mantuvo vigente hasta el 17 de abril de 2009.
- Que el 18 de abril de 2009 se le otorgó otro nombramiento para sustituir a x durante el período de incapacidad temporal por enfermedad común, que se extendió hasta el 30 de julio de 2009.
- Que se le otorgó un nombramiento para sustituir a x desde el 31 de julio al 31 de agosto de 2009, para cubrir el período de vacaciones de la titular del puesto.
- Que x sufrió un accidente de trabajo el día 13 de febrero de 2009, por lo que se mantuvo en la sustitución a x, al no haber existido reincorporación efectiva de la titular. Tras el alta médica por el accidente de trabajo se le emitió una nueva baja por enfermedad común, lo que determinó que la sustituta continuara trabajando, y así también posteriormente durante las vacaciones reglamentarias de la titular.

TERCERO.- El 22 de enero de 2013, el Servicio Jurídico de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Murciano de Salud emite informe-propuesta de incoación de un procedimiento de revisión de oficio de las resoluciones del Director Gerente de Atención Primaria de Cartagena en las que se dispuso el nombramiento de x como auxiliar administrativo en los períodos comprendidos entre el 29 de mayo de 2008 y el 29 de enero de 2010,

por un total de 7 meses y 25 días, al concurrir en aquéllas las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1, letras a), e) y f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

CUARTO.- El 24 de enero, el Director General de Recursos Humanos acuerda iniciar el indicado procedimiento de revisión de oficio, acuerdo que es notificado a la interesada el 12 de febrero, concediéndole trámite de audiencia.

QUINTO.- El 22 de febrero la interesada presenta escrito de alegaciones en el que indica que la inobservancia de la tramitación correspondiente en sus nombramientos sólo es imputable a la Administración y no a ella, que ha desempeñado su trabajo con la máxima diligencia, por lo que la revisión no debería afectar a los derechos adquiridos por el desempeño real de los puestos de trabajo, singularmente a la puntuación obtenida de cara a los futuros concursos de selección de personal interino. En su defecto, si se le priva de dicha puntuación, la Administración debería indemnizarle.

SEXTO.- Con fecha 1 de marzo, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud acuerda suspender el cómputo del plazo de resolución del procedimiento de revisión de oficio al amparo del artículo 42.5, letra c) LPAC, con ocasión de la remisión del expediente al Consejo Jurídico para la emisión de Dictamen.

SÉPTIMO.- Por Acuerdo 12/2013, de 8 de abril de 2013, el Consejo Jurídico indica la procedencia de completar la instrucción con el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos y la formulación de una propuesta de resolución, omitidos en el expediente remitido.

OCTAVO.- Por Resolución del Director Gerente del SMS, de 18 de julio de 2013, se declara la caducidad del indicado procedimiento.

NOVENO.- Con fecha 30 de septiembre de 2013 y con fundamento en el previo informe del Servicio Jurídico de la Dirección General de Recursos Humanos, su titular acuerda iniciar nuevo procedimiento de revisión de oficio, con idéntico objeto que el caducado.

DÉCIMO.- Conferido trámite de audiencia a la interesada, el 24 de octubre presenta escrito de alegaciones, que reproduce las ya formuladas en el procedimiento inicial finalizado por caducidad.

UNDÉCIMO.- El 29 de octubre, el Director Gerente del SMS eleva propuesta a su Consejo de Administración "para declarar la nulidad de las resoluciones de la Gerencia de Atención primaria del Área de Salud II de Cartagena, en virtud de los cuales fueron otorgados los nombramientos temporales para el desempeño de un puesto de auxiliar administrativo en distintos centros de atención primaria en períodos comprendidos entre el 29 de mayo de 2008 y el 29 de enero de 2010, por un total de 7 meses y 25 días, con los efectos inherentes que conlleva". Las causas de nulidad que se invocan son las establecidas en el artículo 62.1, letras a) y e) LPAC.

DUODÉCIMO.- El 6 de noviembre el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad y Política Social informa

favorablemente la revisión, si bien considera oportuno recabar el informe facultativo de la Dirección de los Servicios Jurídicos.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 18 de diciembre de 2013, la Dirección de los Servicios Jurídicos informa, con carácter preceptivo, en sentido favorable a la pretendida declaración de nulidad.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados al expediente los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, así como una copia autorizada de la propuesta de orden que el Secretario General de la Consejería de Sanidad y Política Social eleva a la Consejera, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 23 de diciembre de 2013.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo y determinante de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102.1 LPAC en relación con el 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), al versar sobre la propuesta de resolución de un procedimiento para la declaración de nulidad de pleno derecho de varios actos administrativos.

SEGUNDA.- Procedimiento y conformación del expediente.

1. Requisito temporal.

Los actos administrativos cuya revisión se pretende consisten en treinta y tres nombramientos como personal estatutario temporal que datan de los años 2008, 2009 y 2010. De apreciarse motivo de nulidad, no existe límite temporal para la resolución del procedimiento, ya que la declaración de oficio puede efectuarse en cualquier momento (artículo 102.1 LPAC), sin perjuicio de la obligada modulación que de tan tajante afirmación impone el artículo 106 del mismo texto legal, al señalar, como límite a las facultades revisorias de la Administración el "tiempo transcurrido", que pudiera convertir el ejercicio de aquéllas en contrario a la equidad y a la buena fe.

2. Competencia.

La Consejera de Sanidad y Política Social es competente para resolver el procedimiento, conforme a lo

establecido en los artículos 16.2, letra g) y 33.1, letra b) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Y ello porque los nombramientos cuya nulidad se pretende declarar, si bien efectuados por el Director Gerente del Área de Salud II, de Cartagena, lo fueron por delegación del Director Gerente del SMS, lo que determina que, en aplicación de lo establecido en el artículo 13.4 LPAC, hayan de considerarse dictados por el órgano delegante.

De conformidad con los preceptos de la Ley 7/2004 antes indicados, la revisión de oficio compete a los Consejeros, respecto de los actos dictados por los demás órganos de su Consejería o por los máximos órganos rectores de los organismos públicos adscritos a la misma.

Del indicado artículo 33.1 se desprende sin dificultad que el criterio utilizado para determinar la competencia de revisión de oficio de los actos administrativos emanados de la Administración regional tiene siempre presente la existencia de una relación de subordinación-superioridad entre el órgano autor del acto y aquél al que se asigna la potestad revisoria, de forma que la revisión de oficio corresponde a órganos jerárquicamente supraordenados al autor del acto a revisar.

Si bien de la posición institucional y del análisis de las funciones que tanto la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia, como su normativa de desarrollo asignan al Consejo de Administración y al Director Gerente, puede afirmarse que, con carácter general, éste depende de aquél, no es menos cierto que dicha consideración no es extensible a todos los ámbitos de actuación, y, muy en particular, a uno de ellos, el de la impugnación de los actos administrativos. En efecto, de conformidad con el artículo 35 de la indicada Ley 4/1994, por la que se crea el SMS, la competencia para conocer de los recursos que se interpongan frente a los actos del Director Gerente no corresponde al Consejo de Administración, sino directamente al Consejero de adscripción, que además es quien lo designa para su nombramiento por el Consejo de Gobierno (art. 25.4, Ley 4/1994), sin que el órgano colegiado de dirección del ente público participe en la designación del titular de este órgano, del que dependen varias direcciones generales.

En consecuencia, en sede de impugnación de actos administrativos por vía de recurso, materia con la que la revisión de oficio guarda evidentes e íntimas conexiones, pues en ambos casos se trata de determinar la validez o invalidez de aquéllos, la propia Ley de creación niega la existencia de una subordinación o dependencia jerárquica entre el Director Gerente y el Consejo de Administración, pues el recurso jerárquico (hoy el de alzada del artículo 114 LPAC; en el momento de aprobarse la Ley 4/1994, el ordinario) frente a los actos de aquél se atribuye al conocimiento y resolución del Consejero de adscripción. No es aventurado afirmar entonces que, a los específicos efectos de la impugnación de los actos administrativos -ámbito en el que cabe incluir la revisión de oficio, atendida la identidad de razón que existe entre ésta y los recursos en orden a privar de eficacia a los actos administrativos-, la ley de creación del ente, verdadera *lex especialis* del mismo, sitúa en un plano de igualdad de rango al Director Gerente y al Consejo de Administración del SMS, toda vez que priva a éste, respecto de aquél, de uno de los elementos caracterizadores de la relación jerárquica, cual es la potestad de revisar la legalidad de los actos dictados por este último y, en consecuencia, determinar su validez o invalidez, otorgando, por el contrario, dicha facultad al titular de la Consejería de adscripción.

De conformidad con el criterio jerárquico que inspira la atribución de la potestad de revisión de oficio en nuestro ordenamiento regional, no sería coherente negar al Consejo de Administración la facultad de revisar la legalidad de los actos del Director Gerente con ocasión de una vía ordinaria de impugnación jerárquica como es el recurso de alzada y, sin embargo, atribuirle la potestad para revisar de oficio tales actos, pues ésta constituye una vía extraordinaria para dejar sin efecto actos en los que concurren las más graves y trascendentales infracciones del ordenamiento jurídico y en la que la tensión entre los principios de legalidad y de seguridad jurídica se hace máxima, al permitir a la Administración, en ejercicio de facultades de autotutela, dejar sin efecto actos declarativos

de derechos que han alcanzado firmeza en la vía administrativa al haber transcurrido ya los plazos para su impugnación a través de los recursos de tal naturaleza.

En atención a lo expuesto, considera el Consejo Jurídico que la competencia para revisar de oficio los actos del Director Gerente del SMS corresponde al titular de la Consejería de adscripción, al entender que, a estos limitados efectos, la ley de creación del indicado ente sanitario, al situarlo en plano de igualdad con el Consejo de Administración, hace extensiva al mismo la condición de máximo órgano rector del organismo.

3. Procedimiento.

La revisión de oficio se ha incoado por iniciativa propia de la Administración, como permite el artículo 102.1 LPAC, y consta en el expediente la cumplimentación de los trámites esenciales de este tipo de procedimientos, pues se ha dado audiencia a la interesada, se han recabado los informes preceptivos, singularmente el de la Dirección de los Servicios Jurídicos y el presente Dictamen, y se ha formulado propuesta de resolución.

Tras declarar la caducidad del procedimiento iniciado en enero de 2013, se incoa nuevo procedimiento de revisión el 30 de septiembre de 2013. El transcurso del plazo de tres meses sin haber dictado resolución determinaría la caducidad del procedimiento de revisión, de no ser por la suspensión acordada por Orden de la Consejería consultante de 19 de diciembre de 2013, con fundamento en la solicitud del presente Dictamen, el cual, en virtud de lo establecido en el artículo 102.1 LPAC -que exige el previo pronunciamiento favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma-, constituye un informe preceptivo y determinante de la resolución, lo que permite al órgano instructor acordar la suspensión del procedimiento entre el momento de su petición y el de su recepción (art. 42.5 LPAC), si bien tal suspensión no podrá exceder de tres meses, plazo que en el momento de remitir este Dictamen al órgano consultante aún no ha expirado.

4. Conformación del expediente.

Debería haberse unido a la documentación remitida a este Consejo la integrante del expediente relativo a los procedimientos selectivos en los que se insertan los nombramientos objeto de la revisión de oficio, así como tales actos, pues en el expediente únicamente consta el de 18 de abril de 2009 (folio 80), y no los treinta y dos restantes, pues la documentación correspondiente a estos últimos consiste únicamente en la propuesta de sustitución, pero no el nombramiento en sí.

TERCERA.- Los actos objeto de revisión.

De conformidad con la propuesta de resolución que culmina la instrucción del procedimiento de revisión de oficio, los actos cuya nulidad se pretende declarar son las treinta y tres resoluciones de la Gerencia del Área de Salud II de Cartagena, en virtud de las cuales fueron otorgados nombramientos de sustitución a x como Auxiliar Administrativo, en el período comprendido desde el 29 de mayo de 2008 al 29 de enero de 2010.

Sin embargo, el informe del Servicio de Selección en el que se basa todo el procedimiento de revisión de oficio, tras enumerar los treinta y tres nombramientos de sustitución, se centra en los comprendidos entre el 12 de febrero y el 31 de agosto de 2009, y señala que para el primer nombramiento del período, x no era la integrante de la bolsa de trabajo a la que le correspondería el llamamiento, al constar en torno a 2.500 aspirantes que la precedían y que, en consecuencia, gozaban de mejor derecho que ella para el nombramiento. Sin embargo, nada dice en relación con los restantes llamamientos por los que la interesada trabajó desde el 29 de mayo de 2008, respecto de los cuales no se ha justificado de manera explícita que la interesada no fuera la aspirante a la que correspondían los respectivos llamamientos.

En tales circunstancias, estima el Consejo Jurídico que los únicos actos administrativos a revisar serían los nombramientos comprendidos entre el 12 de febrero y el 31 de agosto de 2009, pues respecto de los restantes, no se ha acreditado en el expediente que se hayan dictado al margen de la bolsa de trabajo y que, en consecuencia, concurran en ellos las causas de nulidad invocadas.

No obstante, para evitar un nuevo procedimiento revisorio y en la medida en que cabe presumir que, dada la retrasada posición de la interesada en los listados de aspirantes vigentes entre el 21 de mayo de 2008 y el 24 de mayo de 2010 (con 30 puntos, era la 10.098^a en el primero de ellos y la 13.128^a en el segundo, folio 21 del expediente), tampoco sería la candidata con mejor derecho al llamamiento en esos otros nombramientos -presunción que no ha sido negada por la interesada-, por lo que también aquéllos pueden ser objeto del presente procedimiento anulatorio; pero, con carácter previo, habrá de acreditarse de forma particularizada para cada uno de ellos, que también se alteró el orden de la bolsa de trabajo.

CUARTA.- El procedimiento selectivo del personal estatutario temporal.

Antes de entrar en la consideración de las concretas causas de nulidad invocadas por la Administración, procede exponer el sistema de selección establecido por el ordenamiento jurídico para el reclutamiento del personal estatutario temporal del Servicio Murciano de Salud y el concreto procedimiento en el que se inserta el nombramiento cuya revisión de oficio se pretende.

1. El procedimiento tipo de selección.

La relación de empleo de este personal tiene naturaleza funcionarial, lo que conlleva su pleno sometimiento a los conocidos principios constitucionales que rigen el acceso a la Función Pública, ex artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, de mérito, capacidad e igualdad, y que las leyes reguladoras del Empleo Público han completado con otros como los de publicidad, transparencia y objetividad de los procesos selectivos, como garantía fundamental de los anteriores (arts. 55.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (EBEP); 33.1 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre (EM); y 27.1 LPESMS).

El régimen reglamentario de la selección del personal estatutario temporal del SMS se contiene en la Orden de 12 de noviembre de 2002, de la Consejería de Sanidad y Consumo. Su artículo 10 dispone que el procedimiento ordinario de selección es el de convocatoria pública por el sistema de concurso de méritos, a través del cual se constituirá una bolsa de trabajo con los aspirantes seleccionados. Con carácter general, las bolsas de trabajo tendrán carácter permanente.

Tras la convocatoria y una vez terminado el plazo de presentación de solicitudes, se dictará una resolución aprobando la relación de admitidos y excluidos (art. 12 de la Orden). En las bolsas de trabajo de carácter permanente, el plazo de presentación de solicitudes estará ininterrumpidamente abierto durante todo el año, valorándose anualmente los méritos que los aspirantes hubieran acreditado hasta la fecha que se determine en cada convocatoria, que con carácter general será la de 31 de octubre (art. 17.1 de la Orden). Los aspirantes que hayan presentado su solicitud con posterioridad a esta fecha de referencia para la valoración anual de los méritos, sólo serán llamados una vez valorados sus méritos por la Comisión de Selección en la siguiente reunión ordinaria, salvo que se den las circunstancias excepcionales que se prevén en el precepto y que no vienen al caso, pues no consta que concurran en el supuesto sometido a consulta.

Finalizada la valoración de los méritos acreditados por los solicitantes, la Comisión hará pública una resolución provisional expresiva de la relación de los aspirantes con las puntuaciones obtenidas, otorgándose un plazo de diez días hábiles para efectuar reclamaciones. Transcurrido dicho plazo, la Comisión publicará la Resolución definitiva de los aspirantes por orden de puntuación (art. 14.1 de la Orden).

En los 30 días siguientes a la publicación de la Resolución definitiva, el órgano convocante declarará su entrada en vigor mediante una resolución en la que, simultáneamente, derogará la que hasta ese momento haya estado en vigor (Art. 14.2 de la Orden).

Los participantes que se integren en la bolsa de trabajo serán llamados según el orden de puntuación obtenido (art. 15.1).

2. Procedimiento de selección en el que se insertan los nombramientos cuya revisión se pretende.

Con fundamento en la Orden citada, por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 23 de diciembre de 2002, se convoca bolsa de trabajo para la selección de Auxiliares Administrativos que pasen a prestar servicios como personal estatutario temporal o funcionarios interinos, así como por medio de relación laboral temporal.

Publicada la relación definitiva de aspirantes seleccionados, correspondiente a la fecha de referencia para la valoración anual de los méritos de 31 de octubre de 2007, en vigor a la fecha en la que la interesada suscribió el nombramiento de 29 de mayo de 2008 -primero de los sujetos a revisión-, consta x con una puntuación de 30 puntos en el número de orden 10.098.

En la siguiente convocatoria, relativa a los méritos aportados hasta el 31 de octubre de 2008, y en vigor cuando se efectúan diversos nombramientos de la interesada, ésta figura con 30 puntos y en el número de orden 13.128 de la bolsa.

QUINTA.- La causa de nulidad consistente en la lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

Para la propuesta de resolución, el hecho de que x fuera nombrada como personal estatutario temporal alterando el orden de la relación de seleccionados que constituía la bolsa de trabajo vigente en el momento de sus nombramientos, constituye una vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas, consagrados por los artículos 14, 23.2 y 103.3 CE.

La ubicación del segundo de dichos preceptos en el Título I, Capítulo II, Sección 1^a de la Ley Fundamental lo hace susceptible de amparo constitucional, de conformidad con el artículo 53.2 CE y, en consecuencia, su eventual vulneración sería determinante de la nulidad del acto cuya revisión se solicita, ex artículo 62.1, letra a) LPAC.

El artículo 23.2 CE establece que los ciudadanos "tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes". Si bien, en un primer momento, la doctrina constitucional fue algo vacilante a la hora de establecer el ámbito de este precepto y determinar si tenían cabida en él las funciones públicas de carácter profesional propias de los empleados públicos o si únicamente era aplicable al acceso a los cargos de representación política, el Alto Tribunal se decantó por entender que este derecho fundamental se proyecta sobre ambos tipos de función, aunque, en relación a los empleados públicos, únicamente es predicable de aquellos que mantienen con la administración una relación estatutaria o funcionarial, no de carácter contractual laboral. Así, la STC 86/2004, señala expresamente que *"las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el artículo 23.2 CE son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del artículo 103.3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración mediante una relación de servicios de carácter estatutario"*.

Este derecho ha sido calificado por la jurisprudencia constitucional como de configuración legal y de carácter puramente reaccional, pues el artículo 23.2 CE no otorga el derecho a desempeñar determinadas funciones públicas, sino únicamente permite impugnar ante la jurisdicción ordinaria y, en última instancia, ante el Tribunal Constitucional, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (SSTC 161/2001, 137/2004, ó 30/2008, entre otras). La doctrina constitucional señala, asimismo, que este precepto no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, de forma que sólo cuando la infracción de las normas o bases del proceso selectivo implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el artículo 23.2 CE (ATC 16/2010). Nos encontramos, por tanto, ante un derecho de igualdad *lex especialis*, respecto del principio de igualdad consagrado por el artículo 14 CE, cuyo contenido puede sintetizarse en el siguiente:

- a) Predeterminación normativa del procedimiento de acceso a la función pública.
- b) Igualdad en la Ley, de forma que las normas rectoras de los procedimientos de acceso aseguren una situación jurídica de igualdad de todos los ciudadanos, prohibiendo el establecimiento de requisitos discriminatorios o referencias individualizadas o *ad personam* y no estrictamente referidos a los principios de mérito y capacidad.
- c) Igualdad en la aplicación de la Ley, de manera que las normas que regulan las pruebas selectivas se apliquen por igual a todos los interesados.

El derecho proclamado en el artículo 23.2 CE incorpora también el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley, de tal modo que, una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento. En todos los momentos del proceso selectivo, la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual. Las condiciones de igualdad a las que se refiere el artículo 23.2 CE se proyectan, por tanto, no sólo a las propias leyes sino también a su aplicación e interpretación (STC 10/1998, de 13 de enero).

En este sentido, *"si bien el derecho fundamental del artículo 23.2 ha de conectarse ineludiblemente con la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases que regulan el procedimiento de acceso a la función pública (...) el artículo 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 CE, lo que de suyo exige, como asimismo se afirma, la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad. En otros términos, la conexión existente entre el artículo 23.2 CE y la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases no puede llevarse al extremo de que toda vulneración de las mismas (que normalmente supondrá una vulneración de los principios de mérito y capacidad que a través de las mismas se actúan) implique infracción del derecho fundamental, lo que sólo existirá cuando se produzca una diferencia de trato o, como en otros casos se ha sostenido, una quiebra relevante del procedimiento, que haría arbitraria la decisión que en esas condiciones se dictase (STC 73/1998, FJ 3º, que reitera la doctrina contenida en la número 115/1996)".*

Centrándonos en esta tercera manifestación del derecho fundamental estudiado, la igualdad en la aplicación de la Ley ha de interpretarse en el sentido de otorgar el mismo trato a todos los participantes durante el desarrollo de la selección del personal. Del mismo modo, no toda vulneración de las bases del procedimiento selectivo constituye una vulneración del derecho de acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, sino sólo cuando esa violación de las bases implique, a su vez, una quiebra de la igualdad de los participantes, porque exista una injustificada diferencia de trato entre éstos.

La aplicación de esta doctrina al supuesto sometido a consulta exige una primera puntualización respecto a los principios de mérito y capacidad consagrados en el artículo 103.3 CE, toda vez que no están formalmente recogidos dentro de la regulación que la Constitución dedica a los derechos fundamentales y libertades públicas, lo que podría hacer dudar acerca de su invocabilidad en el presente expediente.

Ocurre, no obstante, que el Tribunal Constitucional ha dejado ya establecido en una temprana y reiterada doctrina (Sentencia 50/1986, de 23 de abril, y Auto 205/1990, de 17 de mayo) que *"existe una necesaria relación recíproca entre los artículos 23, número 2, y 103, número 3, de la Constitución, de donde se sigue que el primero de ellos impone la obligación de no exigir para el acceso a las funciones y cargos públicos requisito o condición que no sea referible a los aludidos principios de capacidad y mérito. Proyectados, pues, tales principios en la esfera del derecho fundamental recogido por el artículo 23, número 2, de la Constitución, no existe objeción alguna que oponer a que puedan surtir sus efectos en el expediente ahora considerado"* (Dictamen del Consejo de Estado 1059/1992).

En el presente caso, adquiere singular relevancia la alteración del orden en la relación de aspirantes seleccionados para formar parte de la bolsa de trabajo vigente al momento de efectuarse el nombramiento. La obligación de la Administración de acudir para cubrir sus puestos a una determinada bolsa de trabajo, formada mediante un procedimiento basado en una convocatoria pública y en la valoración objetiva de los méritos de los candidatos a la luz de un baremo predeterminado, garantiza que el nombramiento y, a su través, el acceso a la

función pública, se ajusta a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, toda vez que, a través de la comparación de los méritos aportados por los candidatos con el baremo objetivamente definido por la convocatoria, se ordena a los aspirantes en función del mérito y capacidad acreditados por cada uno de ellos. De modo que quienes reúnen los mayores méritos y capacidad quedan priorizados para su llamamiento respecto de quienes acreditan unos menores.

La alteración del orden así establecido sólo se prevé para los casos en que el desempeño de un determinado puesto de trabajo requiera específicas aptitudes o cualidades profesionales, sin que el expediente permita siquiera alumbrar indicio alguno de que esta circunstancia concurriera en ninguno de los puestos de auxiliar administrativo en centros de atención primaria para los que fue nombrada la interesada.

En consecuencia, cabe concluir que x fue nombrada sucesivamente entre el 29 de mayo de 2008 y el 29 de enero de 2010, sin atender y, por tanto, alterando el orden priorizado de los aspirantes que constituyan la bolsa de trabajo que, en garantía de los principios constitucionales que rigen el acceso a las funciones públicas, el Servicio Murciano de Salud debía respetar al realizar los correspondientes llamamientos para la cobertura de sus puestos de trabajo mediante el nombramiento de personal estatutario temporal (arts. 10 y 15 de la Orden reguladora). Al actuar así, se vulneraron no sólo los principios de mérito y capacidad, sino también y de forma sustancial el principio de igualdad, toda vez que al nombrar a la interesada, de forma injustificada -el informe de la Dirección Gerencia de Área que efectuó los nombramientos ni siquiera intenta explicar las razones de dicha forma de actuar- se pretirió en el acceso a la función pública a quienes ostentaban mejor derecho, pues figuraban en la bolsa de trabajo en posiciones prioritarias para su llamamiento. En consecuencia, se favoreció a x sin una justificación objetiva y razonable basada en los principios de mérito y capacidad, lo que permite calificar tales nombramientos como arbitrarios y, en consecuencia, contrarios al derecho de acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad.

Corolario de lo expuesto es que procede declarar la nulidad de los nombramientos de x que se refiere la propuesta de resolución, por vulnerar el derecho de acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, consagrado en el artículo 23.2 CE, con fundamento en la causa establecida en el artículo 62.1, letra a) LPAC.

SEXTA.- La causa de nulidad consistente en haberse dictado los nombramientos objeto de revisión prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Como punto de partida, ha de recordarse la constante doctrina según la cual para que opere esta causa de nulidad, el empleo de los dos adverbios que utiliza el artículo 62.1, letra e) LPAC "total y absolutamente" recalca "*la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total*" (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009). Y es que, en la interpretación estricta que demanda esta causa de nulidad, ha de ser puesta en relación con la función de garantía inherente a la exigencia de que el ejercicio de las potestades y competencias administrativas se actúe a través de un procedimiento, a la vez garantía de los ciudadanos y del interés público. Por ello, la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no debe examinarse desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva, en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites, como que no se hayan respetado los principios o reglas esenciales que informan el procedimiento (Dictamen del Consejo de Estado 2183/2003).

Para poder ponderar adecuadamente tales extremos es necesario atender al hecho de que x fue sucesivamente nombrada para el desempeño de un puesto de trabajo alterando el orden priorizado de los aspirantes que

integraban la bolsa de aspirantes que había de ser aplicada por el SMS.

La Orden de 12 de noviembre de 2002, reguladora de la selección del personal estatutario temporal, como se ha dicho, sólo contempla un supuesto en que es posible alterar el orden de la lista de candidatos. Prevé en su artículo 15.1, letra b), que los participantes que se integren en la bolsa de trabajo serán llamados según el orden de puntuación obtenido, si bien excepcionalmente podrá alterarse dicho orden de llamamiento, "porque se requieran especiales cualificaciones necesarias para el desempeño de la plaza".

Esta excepción, no obstante, exige para su aplicación la previa autorización del Director Gerente del SMS, que habrá de venir precedida de una propuesta motivada del órgano encargado de realizar el nombramiento, previéndose incluso, la posibilidad de realizar una prueba práctica para determinar la idoneidad del aspirante. Ninguno de estos extremos consta en el expediente, como tampoco las especiales cualificaciones profesionales que pudieran ser necesarias.

En cualquier caso, y con independencia del motivo por el que no se siguió el orden priorizado de aspirantes que integraban la bolsa de trabajo vigente para extraer de entre ellos al que se encontrara disponible en primer lugar y nombrarlo, lo cierto es que con ocasión del nombramiento de x se orilló el procedimiento legalmente establecido por las normas reguladoras de la selección del personal estatutario temporal, que obligaban a la Administración a acudir a la lista de espera constituida al efecto y a llamar para su nombramiento a aquel de sus integrantes a quien correspondiera por orden de puntuación (arts. 10 y 15.1 de la Orden reguladora), orden que sólo se podía alterar en circunstancias excepcionales y previo cumplimiento de ciertos trámites (propuesta motivada, autorización expresa por el Director Gerente, prueba de idoneidad) que cabe calificar como instrumentos de garantía y que tampoco fueron observados en los indicados nombramientos, lo que equivale de facto a una omisión absoluta de procedimiento.

Concurre, en consecuencia, la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1, letra e) LPAC, en relación a las resoluciones objeto de revisión.

SÉPTIMA.- De la pretensión indemnizatoria deducida por la interesada con ocasión del trámite de audiencia.

El artículo 102.4 LPAC dispone que las Administraciones Pùblicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de dicha Ley, es decir, si se cumplen los requisitos de existencia de daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, y de antijuridicidad del daño, propios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pùblicas.

Considera la interesada que si, como consecuencia de la declaración de nulidad de las resoluciones de nombramiento, se le priva de la posible consideración futura como mérito profesional de los períodos de trabajo efectivamente desempeñados, habría de ser indemnizada por el daño que ello le supone.

No puede merecer acogida favorable tal pretensión, pues la declaración de nulidad de los nombramientos produce

sus efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento en que se dictó cada una de las resoluciones cuya invalidez se proclama. Ello determina que no pueda reconocerse efecto jurídico alguno al tiempo de desempeño de unos puestos de trabajo que, de haberse respetado las reglas que disciplinaban la selección del personal estatutario temporal, nunca debió haberse producido. En consecuencia, si bien la privación de efectos a tal tiempo de desempeño es susceptible de suponer un perjuicio a la interesada en forma de privación de puntuación en futuros procedimientos selectivos, este daño nunca sería antijurídico, viiniendo aquélla obligada a soportarlo, en la medida en que constituye una consecuencia necesaria de la obligada declaración de nulidad de los nombramientos de los que, de forma ilícita, se benefició.

Por otra parte, y a la vista de la gravedad de las irregularidades advertidas, el Servicio Murciano de Salud debiera incoar el oportuno expediente en el que se puedan corregir las causas que han motivado tan impropios nombramientos.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que advierte la concurrencia en dicho nombramiento de las causas de nulidad establecidas por las letras a) y e) del artículo 62.1 LPAC, conforme a lo indicado en las Consideraciones Quinta y Sexta del presente Dictamen, por lo que procede declarar su nulidad.

SEGUNDA.- No procede estimar la pretensión indemnizatoria deducida por la interesada, al faltar la nota de antijuridicidad del daño.

No obstante, V.E. resolverá.