

Expte.

DI-680/2010-4

**EXCMA. SRA. CONSEJERA DE SALUD Y
CONSUMO DEL GOBIERNO DE ARAGÓN**

**Vía Universitat, 36
50017 ZARAGOZA**

27 de julio de 2010

I.- Antecedentes

Primero.- Con fecha 29 de abril de 2010 tuvo entrada en nuestra Institución un escrito de queja que quedó registrado con el número de referencia arriba expresado.

En dicho escrito se hacía referencia a la situación de los/as enfermeros/as del Servicio Aragonés de Salud que participaron recientemente en proceso de movilidad, que no obtuvieron ninguna plaza en su área y especialidad y que se vieron forzados a solicitar la adscripción provisional en otra modalidad diferente a la propia. En su día el Justicia de Aragón se pronunció, previa tramitación de expediente con número de referencia DI-73/2010-4, mediante sugerencia que fue expresamente aceptada por el Departamento de Salud y Consumo. En aplicación de la Sugerencia, por Resolución de 26 de febrero de 2010 se modificaron las instrucciones aprobadas en su momento, eliminando el requisito de permanencia durante dos años en situación de excedencia voluntaria para aquéllos. La Administración informó a las personas afectadas de que en aplicación de la nueva regulación se iba a facilitar a los empleados afectados un nuevo reingreso provisional en plazas de su área y especialidad. Dado

que dicho reingreso no se había producido, el ciudadano solicitaba que se le indicase cuándo se preveía que se iba a acordar el nuevo reingreso provisional.

Segundo.- Examinado el escrito de queja se resolvió admitirlo a trámite y dirigirse al Departamento de Salud y Consumo de la Diputación General de Aragón con la finalidad de recabar la información precisa sobre las cuestiones planteadas en el mismo.

Tercero.- La información solicitada no ha sido facilitada por la Administración. No obstante, esta Institución ha tenido conocimiento de que el personal que se encontraba pendiente de la aplicación de las nuevas Instrucciones dictadas por el Departamento de Salud y Consumo para poder optar en adscripción provisional a una plaza de su modalidad, atención primaria o atención especializada, o para poder pasar a la excedencia voluntaria sin obligación de permanecer dos años en tal situación ha recibido un escrito en el que se les comunica la imposibilidad de llevar a cabo un nuevo reingreso provisional en plaza distinta a la que están ocupando al no haberse previsto la aplicación retroactiva de las nuevas Instrucciones aprobadas por Resolución de 26 de febrero de 2010 y publicadas en el BOA de 18 de marzo.

II.- Consideraciones jurídicas

Primera.- El artículo 19 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, obliga a todos los poderes públicos y entidades afectados por la misma a auxiliar al Justicia en sus investigaciones. El Departamento de Salud y Consumo de la Diputación General de Aragón ha incumplido dicho mandato al dejar de atender la solicitud de información realizada por nuestra Institución.

Segunda.- No obstante, considerando los datos obrantes en poder de esta Institución entendemos que podemos entrar a pronunciarnos sobre determinados aspectos concurrentes en el supuesto planteado.

Tal y como consta en el expediente tramitado con número de referencia DI-73/2010-4, con fecha 18 de enero de 2010 se publicó en el Boletín Oficial de Aragón Resolución de 7 de enero de 2010, de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, por la que se dictan instrucciones en materia de adjudicación de plazas, ceses, tomas de posesión y reingresos o adscripciones provisionales del personal estatutario, funcionario o laboral como consecuencia de procesos de movilidad voluntaria y procesos selectivos para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas del Servicio Aragonés de Salud.

La Resolución referida regulaba la situación del personal procedente de la situación de reingreso o adscripción provisional que no había obtenido destino. Entre otros aspectos, la norma se refería al personal que habiendo participado en el concurso de traslados desde la situación de reingreso provisional y habiendo solicitado todas las vacantes de su categoría, modalidad y Área de Salud no hubiese obtenido plaza. En este caso, se señalaba que podrían optar por obtener nuevo destino provisional en alguna de las plazas que resultasen vacantes como consecuencia de la resolución del proceso, o por pasar nuevamente a la situación de excedencia voluntaria, supuesto en el que deberían permanecer en tal situación al menos dos años antes de poder obtener un nuevo reingreso provisional, o a efectos de su participación en futuros procedimientos de movilidad voluntaria.

El Justicia de Aragón, considerando que el establecimiento de la permanencia con carácter obligatorio durante dos años en situación de excedencia voluntaria para el personal referido resultaba contraria al

ordenamiento jurídico, y en ejercicio de la misión de tutela del ordenamiento jurídico en los términos regulados en el artículo 34 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, emitió resolución por la que se recomendaba la modificación de las Instrucciones aprobadas por Resolución de 7 de enero de 2010, la Dirección Gerencia del Salud.

Tercera.- Con fecha 16 de febrero de 2010 el Departamento de Salud y Consumo remitió escrito en el que comunicaban que se aceptaba la recomendación emitida, por lo que se iba a proceder a modificar las Instrucciones aprobadas por Resolución de 7 de enero de 2010, eliminando la exigencia de permanecer un mínimo de dos años en la situación de excedencia voluntaria para el personal procedente de la situación de reingreso o adscripción provisional que habiendo solicitado todas las vacantes de su categoría, modalidad y Área de Salud y no habiendo obtenido plaza, optasen por pasar de nuevo a la situación de excedencia voluntaria o que no hubiesen obtenido nuevo destino provisional en ninguna de las plazas ofertadas.

Con fecha 18 de marzo de 2010, se publica en el Boletín Oficial de Aragón Resolución de 26 de febrero de 2010, de la Dirección Gerencia del Salud, por la que se modifica la Resolución de 7 de enero de 2010 en los términos indicados por la Administración en su contestación a la recomendación del Justicia.

Cuarta.- A raíz de la resolución señalada en el apartado anterior, en marzo de 2010 se remitieron escritos a los diferentes empleados afectados por la modificación operada en los que se les indicaba, literalmente, lo siguiente:

“La Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, atendiendo la Recomendación efectuada por el Justicia de Aragón, en el expediente D1-73/2010-4, ha procedido a modificar la Resolución de 7 de enero de 2010, de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de

Salud, por la que se dictan instrucciones en materia de adjudicación de plazas, ceses, tomas de posesión y reingresos o adscripciones provisionales del personal estatutario, funcionario o laboral como consecuencia de procesos de movilidad voluntaria y procesos selectivos para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas del Servicio Aragonés de Salud, dando una nueva redacción a la Instrucción 48 , apartado b), punto 2, de la Sección A, eliminado la exigencia de permanecer un mínimo de dos años en la situación de excedencia voluntaria para el personal procedente de la situación de reingreso o adscripción provisional que habiendo solicitado todas las vacantes de su categoría, modalidad y Área de Salud y no habiendo obtenido plaza, opten por pasar de nuevo a la situación de excedencia voluntaria o que no hayan obtenido nuevo destino provisional en ninguna de las plazas ofertadas.

A estos efectos, se va a publicar en el Boletín Oficial de Aragón, probablemente el día 18 de marzo, la Resolución de 26 de febrero de 2010, de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, por la que se modifica la Resolución de 7 de enero de 2010, en los términos citados, que se adjunta.

En consecuencia, ante la modificación efectuada, y teniendo en consideración su situación de reingreso provisional obtenido en plaza vacante de la modalidad de Atención Especializada, motivado por la obligatoriedad de solicitar las plazas vacantes resultantes de la finalización del concurso de traslados para eludir la permanencia durante un periodo mínimo de 2 años en situación de excedencia voluntaria, le informamos que a partir del día siguiente al de publicación en el Boletín Oficial de Aragón de la citada Resolución de 26 de febrero de 2010, dispondrá de un plazo de tres días hábiles para solicitar, si

fuera de su interés, nuevo reingreso provisional en plaza vacante de su categoría, en la modalidad y Área de Salud en la que se encontraba en situación de reingreso provisional y desde la que participó en el concurso de traslados, entendiéndose, en caso contrario, que desiste de su derecho a solicitar nuevo reingreso provisional.

Dicha solicitud deberá dirigirse a la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, presentándola en cualquiera de los registros establecidos en el artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y será tramitada por el procedimiento establecido en el punto 2, apartado b), de la Instrucción 48 de la Resolución de 7 de enero de 2010 modificada, salvo en lo relativo al orden de tramitación derivado de la fecha de presentación de las solicitudes.

Teniendo en cuenta que el orden de reingreso se resolverá, en el caso de que concurren varias solicitudes en la misma modalidad y área de salud, atendiendo a la mayor antigüedad en la categoría como personal fijo, deberá aportar certificación original de servicios prestados con carácter de fijeza en la categoría.”

Consta a esta Institución que los diferentes afectados procedieron a hacer efectivo el derecho a solicitar reingreso provisional en plazas de su categoría, en la modalidad y área de salud en la que se encontraban en situación de reingreso provisional y desde la que participaron en el concurso de traslados, presentando la instancia correspondiente en el plazo de tres días hábiles marcado por la resolución notificada.

Recientemente, los interesados recibieron escrito en referencia a su solicitud de reingreso provisional en el que se señalaba, literalmente, lo siguiente:

“Mediante escrito de 15 de marzo de 2010, se le comunicó que "La Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, atendiendo la Recomendación efectuada por el Justicia de Aragón, en el expediente DI-73/2010-4, ha procedido a modificar la Resolución de 7 de enero de 2010, de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, por la que se dictan instrucciones en materia de adjudicación de plazas, ceses, tomas de posesión y reingresos o adscripciones provisionales del personal estatutario, funcionario o laboral como consecuencia de procesos de movilidad voluntaria y procesos selectivos para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas del Servicio Aragonés de Salud, (...) y en consecuencia, ante la modificación efectuada, y teniendo en consideración su situación de reingreso provisional obtenido en plaza vacante de la modalidad de Atención Especializada (...), dispondrá de un plazo de tres días hábiles para solicitar, si fuera de su interés, nuevo reingreso provisional en plaza vacante de su categoría, en la modalidad y Área de Salud en la que se encontraba en situación de reingreso provisional y desde la que participó en el concurso de traslados (...)"

En la reunión de la Mesa Sectorial de Sanidad celebrada el pasado día 8 de abril, se suscitó un debate acerca de la actuación del Servicio Aragonés de Salud a que se ha hecho mención, tanto en lo referido a la modificación de la citada Resolución en los términos recomendados por el Justicia, como en cuanto al efecto retroactivo de dicha modificación, es decir, a la posibilidad de aplicar la nueva regulación a las personas que ya se hallaban en situación de reingreso provisional, comprometiéndose la Administración a solicitar un informe jurídico acerca de este último extremo y a actuar en consecuencia.

Por informe del Servicio de Régimen Jurídico de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, de fecha 30 de abril de 2010,

se pone de manifiesto que la Resolución de 26 de febrero de 2010, de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, por la que se modifica la resolución de 7 de enero de 2010, de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, por la que se dictan instrucciones en materia de adjudicación de plazas, ceses, tomas de posesión y reingresos o adscripciones provisionales del personal estatutario, funcionario o laboral consecuencia de procesos de movilidad voluntaria y procesos selectivos para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas del Servicio Aragonés de Salud, publicada en el B.O.A. de 18 de marzo de 2010, no dispone nada a cerca de los efectos retroactivos de la misma, y tanto el artículo 2.3 del Código Civil como el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, impiden la retroactividad de los actos administrativos sujetos a derecho administrativo si no lo establece la propia norma, como sucede en el caso que nos ocupa.

En consecuencia, no es posible llevar a cabo un nuevo reingreso provisional en plaza distinta a la que se encuentra ocupando, quedando definitivamente firme su situación actual de reingreso provisional.”

Así, la Administración considera que no procede hacer efectivo el derecho previamente reconocido a los interesados de optar a una plaza en reingreso provisional en su categoría, modalidad y Área de Salud, al interpretar que la norma de la que se deriva el derecho reconocido no establece de forma expresa su aplicatoriedad con carácter retroactivo.

Quinta.- En primer lugar, debemos partir de que consideramos acertada la medida adoptada por el Departamento de Salud y Consumo en su momento, al modificar la Resolución de 7 de enero de 2010, de la Dirección Gerencia del Salud, eliminando la exigencia de permanecer un mínimo de dos años en

la situación de excedencia voluntaria para el personal procedente de la situación de reingreso o adscripción provisional que habiendo solicitado todas las vacantes de su categoría, modalidad y Área de Salud y no habiendo obtenido plaza, opten por pasar de nuevo a la situación de excedencia voluntaria o que no hayan obtenido nuevo destino provisional en ninguna de las plazas ofertadas.

Igualmente, consideramos acertado que, en aplicación de la nueva regulación, se habilite un nuevo plazo para solicitar el reingreso provisional en plaza vacante de la categoría, en la modalidad y Área de Salud en la que se encontraba el personal afectado por la medida en situación de reingreso provisional y desde la que el mismo participó en el concurso de traslado. En tanto las instrucciones que hubieron de modificarse vulneraban la normativa aplicable restringiendo los derechos e intereses de dichos empleados, parece lógico y ajustado a derecho que se reconozca la posibilidad de solicitar de nuevo plazas en su categoría, modalidad y Área de Salud conforme al nuevo marco aplicable, más favorable a sus intereses y ajustado a la legislación. En este sentido, la resolución remitida en marzo a los interesados habilitando un plazo para solicitar de nuevo el reingreso provisional alude expresamente en su párrafo tercero al “*derecho a solicitar nuevo reingreso provisional*”. Se trata por consiguiente de una resolución que reconoce de manera expresa un derecho a los interesados, el de solicitar nuevo reingreso provisional en plaza vacante de su categoría, en la modalidad y Área de Salud en la que se encontraban en situación de reingreso provisional y desde la que participaron en el concurso de traslados.

Sexta.- Sentado lo anterior, debemos entrar a analizar la actuación desarrollada posteriormente por la Administración. Con fecha 1 de junio de 2010 el Director de Recursos Humanos del Servicio Aragonés de Salud remite a los interesados escrito en el que informa de que la resolución de 26 de febrero de 2010, de la Dirección Gerencia del Salud, por la que se

modifica la resolución de 7 de enero de 2010, no dispone nada acerca de sus efectos retroactivos, por lo que de conformidad con lo previsto tanto en el artículo 2.3 del Código Civil como el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común no procede un nuevo reingreso provisional en plaza distinta a la que los interesados se encuentran ocupando.

El artículo 57 de la Ley 30/1992 indica, literalmente, lo siguiente:

- “1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.*
- 2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.*
- 3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.”*

El apartado tercero de la norma señala expresamente que podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses de otras personas. En el supuesto planteado, es evidente que el reconocimiento a los empleados públicos afectados del derecho de solicitar de nuevo reingreso provisional en plazas de su categoría como consecuencia de la modificación del régimen de adjudicación de

plazas anteriormente vigente con el fin de adecuarlo a la ley es un acto favorable al interesado, en tanto implica el reconocimiento de derechos. De igual modo, los supuestos de hecho, es decir, los requisitos para solicitar el reingreso en plazas de su categoría, en su modalidad y Área de Salud, existían en la fecha a la que se supone la retroacción del acto y no se lesionan derechos o intereses de terceras personas. En consecuencia, consideramos que se cumplen las exigencias del artículo 57.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por lo que no existe obstáculo para reconocer retroactividad a los derechos que se derivan de la resolución de 26 de febrero de 2010, de la Dirección Gerencia del Salud, por la que se modifica la de 7 de enero del mismo año.

Séptima.- En cualquier caso, debe atenderse igualmente al procedimiento fijado por la Ley 30/1992 para la revisión de oficio de los actos administrativos. Los actos de gravamen o desfavorables son revocables en cualquier momento por la Administración, tal y como prevé el artículo 105 de la norma. No obstante, los actos favorables para los interesados, cuando son anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63, sólo podrán ser anulados previa declaración de lesividad para el interés público mediante la impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En el supuesto analizado debemos insistir en que la resolución de 15 de marzo de 2010 reconoce un derecho a los interesados, el de solicitar nuevo reingreso provisional. Por consiguiente, la anulación de tal resolución sólo procede mediante la impugnación ante el tribunal de lo contencioso-administrativo previa declaración de lesividad, tal y como dispone el artículo 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo. No cabe por consiguiente que so pretexto de improcedencia de aplicación de una resolución por irretroactividad del acto administrativo se deje sin efecto una resolución notificada que está reconociendo un derecho a los interesados.

Octava.- En conclusión, debemos considerar que la notificación de 1 de

junio de 2010, transcrita anteriormente, por la que se comunica a los interesados que no procede hacer efectivo el derecho a solicitar nuevo reingreso provisional como consecuencia de la modificación del régimen de adjudicación de plazas no resulta conforme a derecho, al vulnerar el régimen jurídico aplicable a los actos administrativos. Por consiguiente, debemos sugerir su anulación.

De igual modo, y en línea con lo argumentado en la presente resolución, entendemos que procede sugerir a esa Administración que haga efectivo el derecho del personal que procedente de la situación de reingreso o adscripción provisional y habiendo solicitado todas las vacantes de su categoría, modalidad y Área de Salud en el proceso de movilidad voluntaria convocado por el Salud no haya obtenido plaza en su categoría, modalidad y Área de Salud en aplicación de las Instrucciones dictadas por Resolución de 7 de enero de 2010, de la Dirección Gerencia del Salud, a solicitar nuevo reingreso provisional, tal y como preveía la Resolución de 15 de marzo de 2010 anteriormente aludida.

III.- Resolución

Por todo lo anteriormente expuesto, y en virtud de las facultades que me confiere la Ley 4/1985, de 27 de junio, Reguladora del Justicia de Aragón, me permito formularle la siguiente

SUGERENCIA

El Departamento de Salud y Consumo debe hacer efectivo el derecho del personal que procedente de la situación de reingreso o adscripción provisional y habiendo solicitado todas las vacantes de su categoría, modalidad y Área de Salud en el proceso de movilidad voluntaria convocado por el Salud no haya obtenido plaza en su categoría, modalidad y Área de

Salud en aplicación de las Instrucciones dictadas por Resolución de 7 de enero de 2010, de la Dirección Gerencia del Salud, a solicitar nuevo reingreso provisional, tal y como reconocía la Resolución de 15 de marzo de 2010.