

Expediente: 13/2005

Objeto: Revisión de oficio del acto presunto de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por don

Dictamen: 31/2005, de 4 de agosto

DICTAMEN

En Pamplona, a 4 de agosto de 2005,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Joaquín Salcedo Izu, Presidente en funciones, don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario, don Francisco Javier Martínez Chocarro, don José María San Martín Sánchez, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo, Consejeros,

siendo ponente don Joaquín Salcedo Izu,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Solicitud y tramitación de la consulta

El día 19 de abril de 2005 tuvo entrada en este Consejo de Navarra un escrito del Presidente del Gobierno de Navarra en el que, de conformidad con el artículo 16.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (desde ahora, LFCN), se recaba dictamen preceptivo por este Consejo sobre el procedimiento de revisión de oficio del acto presunto de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por don ..., formulado por Orden Foral 43/2005, de 14 de abril, de la Consejera de Salud del Gobierno de Navarra.

El expediente remitido, está integrado, entre otros, por los siguientes documentos más relevantes:

1. Solicitud de renuncia de complemento específico, presentada por don ..., con fecha de 2 de julio de 2004.
2. Toma de posesión y notificación de la Resolución 888/2004, por la

que se reconocen servicios a don

3. Petición de estimación por silencio administrativo de la solicitud de 2 de julio de 2004.
4. Informe del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, de 19 de enero de 2005 (en adelante, SNS-O).
5. Resolución 107/2005, de 19 de enero, del Director-Gerente del SNS-O, por la que se incoa el procedimiento de revisión de oficio.
6. Alegaciones de don ...a la Resolución anterior.
7. Informe jurídico del Servicio de Régimen Jurídico del SNS-O, de 10 de marzo de 2005, en relación con las alegaciones presentadas por don
8. Resolución 539/2005, de 14 de marzo, del Director-Gerente del SNS-O, por la que se propone la declaración de oficio de la nulidad del acto presunto de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por don ...en fecha 2 de julio de 2004, en la que formula renuncia al régimen de dedicación exclusiva.
9. Propuesta de Acuerdo del Gobierno de Navarra, por la que se declara la nulidad de pleno derecho del acto presunto de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por don ..., en la que formula renuncia al régimen de dedicación exclusiva.
10. Solicitud de dictamen formulada por el Presidente del Gobierno de Navarra sobre revisión de oficio del acto presunto de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por don ...sobre renuncia al régimen de dedicación exclusiva, que con fecha 19 de abril de 2005 tuvo entrada en el Consejo de Navarra.
11. Escrito de don ...en el que solicitaba que se le concediera trámite de audiencia en el expediente sobre revisión de oficio del acto presunto por el que se estima por silencio administrativo su renuncia al régimen de dedicación exclusiva, que con fecha 20 de

mayo de 2005 tuvo entrada en el Consejo de Navarra, a través del Presidente del Gobierno de Navarra.

12. Resolución 51/2005, de 20 de mayo, del Presidente del Consejo de Navarra, por la que se concede a don ...audiencia en el precitado expediente.

13. Escrito del Presidente del Gobierno de Navarra, recibido en este Consejo el 14 de junio de 2005, remitiendo la documentación presentada por don ...ante el Servicio de Acción Legislativa y Coordinación de la Dirección General de Presidencia, dirigida al Consejo de Navarra evacuando el trámite de audiencia.

Con fecha de 28 de junio de 2005 el Consejo de Navarra amplió el plazo para la emisión del presente dictamen, de acuerdo con el artículo 22 de la LFCN.

I.2ª. Antecedentes de hecho

De la información resultante del expediente facilitado a este Consejo y de la documentación que lo integra pueden destacarse los siguientes datos principales:

1.- Con fecha 2 de julio de 2004, don ... presentó un escrito dirigido a la atención del Director de Recursos Humanos del SNS-O, en el que expresaba, entre otras cuestiones, lo siguiente:

Que ha obtenido una plaza de FEA en Otorrinolaringología en el Hospital Virgen del Camino, según la convocatoria publicada por Resolución 232/2002, de 14 de febrero, del Director-Gerente del SNS-O.

Que lleva trabajando en dicho Servicio desde 1991 un total de 336 días de forma discontinua y desde el 14 de febrero de 1995 hasta la fecha actual, en el Hospital Virgen del Camino “de forma continuada y sin interrupción en la misma plaza de la Unidad de ORL Infantil, que he tomado posesión y con el mismo número de plantilla (9 años y 4 meses)”.

Que durante todos esos años, desde 1995, ha sido autorizado por el SNS-O a compatibilizar la consulta privada con el trabajo en dicho Servicio,

sin dedicación exclusiva.

Que el trabajo en el SNS-O se realiza fundamentalmente en la Unidad de ORL Infantil, en tanto que en la consulta privada atiende en un 90% a personas adultas. Que, por otra parte, este último trabajo lo realiza por las tardes no más de tres días por semana, y si ha sido preciso modificar el horario por necesidad del SNS-O nunca han existido interferencias.

Que la actividad privada ha permitido estar mejor preparado para atender el Servicio de Urgencias que no se puede dar al atender a niños.

Que la inversión económica realizada en la consulta privada ha sido superior a 160.000 euros y en el supuesto de tener que dejar dicha consulta, ello “supondrá unas graves pérdidas para mi economía, porque me veré obligado a seguir pagando mis inversiones, sin ingresos para hacerles frente”.

Que tiene pacientes con enfermedades crónicas o con intervenciones quirúrgicas que precisan de seguimiento durante años.

Que conoce, y cita, algunos casos que en situaciones similares se ha autorizado la renuncia a la dedicación exclusiva.

Y que por todo ello desea hacer uso del derecho a trabajar en régimen de dedicación no exclusiva recogido en la Ley Foral 11/1992 y en el Decreto Foral 387/1992, de 23 de noviembre.

2.- Por otro escrito de 16 de agosto de 2004, don ...suplica al SNS-O que declare estimada por silencio administrativo positivo la solicitud de desempeño de su puesto de trabajo en régimen de dedicación no exclusiva, “retribuyendo a partir de dicho mes de agosto el complemento específico por el porcentaje asignado a tal dedicación, y con las demás consecuencias legales que procedan y sean inherentes a tal dedicación”. Dicha solicitud se fundamenta en los efectos que produce la inexistencia de resolución expresa en el plazo de que la Administración disponía para resolver que son los que se determinan en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en

adelante, LRJ-PAC), es decir, estimación por silencio administrativo de la pretensión por transcurso del plazo de un mes desde la solicitud inicial (artículo 42.2 de dicha Ley en relación con el artículo 3.2 del Decreto Foral 387/1992); tal estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento (artículo 43.3 de la LRJ-PAC); y prohibición de que transcurrido el plazo legal dicte la Administración resolución expresa denegatoria o desestimatoria de la solicitud (artículo 43.4).

3.- Mediante Resolución 107/2005, de 19 de enero, del Director Gerente del SNS-O, se acordaba la incoación de un procedimiento de revisión de oficio de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por don ...con fecha 2 de julio de 2004, en la que se formulaba renuncia al régimen de dedicación no exclusiva. Se daba traslado de esta Resolución al interesado para que en un plazo de diez días presente las alegaciones y documentos que estime oportunos. Este escrito fue notificado el día 27 de enero de 2005.

4.- Con fecha 4 de febrero de 2005, don ...presenta escrito de alegaciones reiterando las expuestas en su día y entendiendo que no procede la revisión de oficio.

5.- Previo informe jurídico del Servicio de Régimen Jurídico, de 10 de marzo de 2005, el Director Gerente del SNS-O dictó la Resolución 539/2005, de 14 de marzo, por la que se propone la declaración de oficio de la nulidad del acto presunto de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por don Dicha propuesta se fundamenta en Derecho en que a tenor del artículo 102 de la LRJ-PAC, la Administración queda obligada a revisar de oficio y declarar la nulidad de los actos 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. f). De acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la LRJ-PAC, el interesado puede entender estimada por silencio administrativo la solicitud al haber transcurrido el plazo de un mes para dictar la oportuna resolución sin haberse efectuado, y tal acto ha de considerarse firme por cuanto el 2 de septiembre de 2004 el acto administrativo ganó firmeza en vía administrativa por no haber sido recurrido. Pero por otra

parte, sigue razonando la Resolución, el acto cuya revisión de oficio se postula, incurre en un vicio de nulidad de pleno Derecho, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62.1. f) de la LRJ-PAC.

6.- Elaborada la anterior Resolución, por Orden Foral 43/2005, de 14 de abril, de la Consejera de Salud del Gobierno de Navarra se somete a consulta del Consejo de Navarra el mencionado procedimiento de revisión de oficio.

7.- Por Resolución 51/2005, de 20 de mayo, del Presidente del Consejo de Navarra, a tenor de lo dispuesto en el artículo 24 de la LFCN y en el artículo 33 del Decreto Foral 90/2000, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo de Navarra, se concede a don ...audiencia en el expediente correspondiente a la consulta formulada al Consejo por el Presidente del Gobierno de Navarra. Con esta misma fecha había tenido entrada en el Consejo de Navarra, a través del Presidente del Gobierno, escrito de don ...en el que solicitaba se le concediera trámite de audiencia en el expediente en cuestión.

8.- El día 6 de junio de 2005, don ...presenta un escrito de alegaciones en el que suplica al Consejo de Navarra:

Que declare la caducidad del expediente de revocación de oficio por transcurso del plazo establecido en el artículo 102.5 de la LRJ-PAC;

Que subsidiariamente se devuelva al Departamento de Salud del Gobierno de Navarra el expediente a fin de que lo complete con el resultado de la prueba que se solicitó por otrosí al SNS-O, en el escrito presentado el 4 de febrero de 2005 y

Que se tenga por evacuado el trámite de alegaciones, y en su virtud, informe desfavorablemente la revocación de oficio del acto administrativo de que se trata, por resultar contraria al ordenamiento jurídico.

Se adjunta con el escrito copia de la Resolución 1516/2004, de 22 de septiembre, del Director Gerente del SNS-O, por la que se acuerda elevar al Gobierno de Navarra la propuesta de incoación de un procedimiento de revisión de oficio de la estimación por silencio administrativo de la solicitud

presentada por don También se adjunta copia del escrito de alegaciones en relación con la Resolución 1516/2004, que se incorpora al expediente.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Sobre el contenido de la consulta y el carácter preceptivo del dictamen

El objeto de este dictamen versa sobre el procedimiento de revisión de oficio del acto presunto de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por don

Por consiguiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LRJ-PAC, en relación con el artículo 16.1.j) de la LFCN, es preceptivo el dictamen favorable de este Consejo de Navarra. En el mismo sentido se expresa el artículo 53.3 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

II.2ª. Sobre la competencia para la revisión de oficio de los actos del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea

La LRJ-PAC regula, en su artículo 102, la revisión de oficio de las disposiciones y actos nulos. Dicho precepto no concreta qué órgano de la respectiva Administración Pública tiene atribuida la competencia para iniciar y acordar la revisión de oficio.

El artículo 53.2 de la Ley Foral 15/2004, ya mencionada, establece que “los Consejeros serán los órganos competentes para la resolución de los procedimientos de revisión de oficio de las disposiciones y actos dictados por los órganos de dirección de los organismos públicos adscritos a sus respectivos Departamentos”. En consecuencia, la oportuna resolución corresponderá emitirla a la Consejera de Salud.

II.3ª. Marco jurídico

La normativa sustantiva a aplicar en este caso está constituida por: la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, que, en su disposición adicional décima, admite que “el personal facultativo del nivel o grupo A de los centros sanitarios del SNS-O podrá ejercer con la periodicidad que se

establezca la opción por la dedicación exclusiva al sistema público de Salud en los términos que reglamentariamente se determinen”: la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, del régimen específico del personal adscrito al Servicio Navarro de Salud, que en su artículo 10.4.a) regula la posibilidad de optar o no por la dedicación exclusiva con carácter general; y el desarrollo de esta última norma efectuado por el Decreto Foral 387/1992, de 23 de noviembre. Este Decreto Foral dispone en sus dos primeros artículos lo siguiente:

”Artículo 1º. El personal facultativo especialista y los médicos de los Equipos de Atención Primaria adscritos al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, podrán optar entre prestar servicios en régimen de dedicación exclusiva o en régimen de dedicación no exclusiva, con los derechos y deberes que cada uno de dichos regímenes conllevan de acuerdo con la normativa vigente y en las condiciones establecidas en este Decreto Foral.

Artículo 2º. El personal facultativo especialista y los médicos de los Equipos de Atención Primaria que ingresen en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea a partir de la entrada en vigor de este Decreto Foral, prestarán sus servicios obligatoriamente en régimen de dedicación exclusiva y no podrán hacer uso del derecho de opción, hasta que hayan completado cinco años de servicios efectivos desde su incorporación”.

II.4ª Improcedencia de la revisión de oficio

El proyecto de resolución que dictaminamos, a la vista de los antecedentes expuestos y según la normativa aplicable, presenta una cuestión procesal previa a la consideración del proyecto propiamente dicho.

Debemos contemplar, en primer lugar, la caducidad o no del procedimiento de revisión propuesto. En opinión de este Consejo se ha producido la caducidad del procedimiento de revisión de oficio por transcurso de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución (apartado 5 del artículo 102 del la LRJ-PAC), toda vez que la actuación por la que se propone la declaración de oficio de la nulidad del acto presunto de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por don ..., en fecha de 2 de julio de 2004, en la que formula renuncia al régimen de dedicación exclusiva, tuvo lugar por Resolución 107/2005, de 19 de enero de 2005, que fue

notificada al interesado con fecha 27 de enero de 2005; y la solicitud de dictamen tuvo entrada en el Consejo de Navarra el 19 de abril de 2005. Computado el transcurso del plazo legal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.5 de la LRJ-PAC, ha de entenderse que se ha producido la caducidad, al no haber suspendido oportunamente el procedimiento. Pese a ello, entramos en la consideración de fondo.

En cuanto al fondo del asunto, la Administración admite que “en el presente supuesto, el acto administrativo presunto a revisar de oficio, tiene como efecto el reconocimiento a don ...del derecho a prestar sus servicios en régimen de dedicación no exclusiva, establecido en el Decreto Foral 387/1992, de 23 de noviembre, por el que se regula la opción por la dedicación no exclusiva al sistema público de salud del personal facultativo Especialista y de los médicos de Equipos de Atención Primaria”. No obstante ello, invocando que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62.1. f) de la LRJ-PAC, los actos de las Administraciones Públicas contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando carezcan de los requisitos esenciales para su adquisición, son nulos, concluye proponiendo, al amparo del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, la declaración de nulidad de pleno derecho del acto presunto de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por don ...con fecha 2 de julio de 2004, en la que formula la renuncia al régimen de dedicación exclusiva.

Citando en apoyo de su propuesta la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 2003, en la que se razona que “en todo caso, los efectos que comporta la vía del silencio positivo, tienen como límite lo establecido en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre –que dispone la nulidad de pleno derecho para 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-“.

Concluye la Resolución afirmando que es “esencial el requisito de haber prestado servicios durante cinco años desde la incorporación”.

Por su parte, don ..., se opone a la revisión de oficio por estimar que el

artículo 102 de la LRJ-PAC no resulta de aplicación, pues no se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho. Que de la distinción entre requisitos necesarios y esenciales, estima el recurrente que la pretendida exigencia de cinco años en dedicación exclusiva desde la toma de posesión de la plaza en propiedad no es requisito esencial para poder renunciar a ella, sino en todo caso un requisito necesario, por lo que no es aplicable el artículo 62. 1. f) de la LRJ-PAC. Y si el acto no es nulo de pleno derecho no cabe la revisión de oficio del mencionado artículo 102 de la LRJ-PAC.

La LRJ-PAC sanciona con la nulidad, entre otros, los actos administrativos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y “es potestad de la Administración revisar de oficio los actos declarativos de derechos que sean nulos de pleno derecho, entre los que aparecen los actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos, cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, según los artículos 62.1.f) y 102 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común” (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1997).

Conviene recordar que la nulidad de pleno derecho es excepción en Derecho administrativo y sólo producen este efecto los vicios o causas taxativamente enumerados en la ley, que —como excepcionales que son— han de ser objeto de interpretación restrictiva o estricta. Así lo viene afirmando la jurisprudencia suprema:

“CONSIDERANDO: Que a este respecto debe partirse como premisa jurídica que en Derecho administrativo, y en materia de invalidez, la regla general es la anulabilidad y la excepción de nulidad radical, excepción que sólo se da en los casos específicamente comprendidos en el art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo o en aquellos otros en que la normativa vigente así lo establezca expresamente y ello porque la sanción de nulidad es una medida extrema que al tratar de evitar la supervivencia de efectos evidentemente ilícitos, inmorales y contrarios al interés público, sólo debe apreciarse en aquellos casos de gravísimas infracciones tipificables, sin género de dudas, en alguno de los supuestos legales...” (STS de 15 de junio de 1981).

Y, más recientemente:

“Por último, en el tercero de los motivos lo que se pone de relieve a través de la cita de las sentencias de este Alto Tribunal de 15 de junio de 1981 y 23 de enero de 1993 es que, según la jurisprudencia, en el Derecho administrativo la regla general, en cuanto a la ineficacia de los actos administrativos, es la anulabilidad, estando prevista la nulidad sólo por las causas taxativamente establecidas en los artículos 47 LPA y 62 LRJ-PAC. Pero aceptando como se acepta, sin duda, tal criterio que esta Sala ha reiterado en múltiples ocasiones...” (STS de 19 de marzo de 2001).

La misma excepcionalidad cabe afirmar respecto del procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho, hasta tal punto que la propia LRJ-PAC prescribe, en su artículo 106, que las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. La jurisprudencia se adhiere, como no puede ser de otro modo, a este criterio restrictivo, como puede apreciarse, por ejemplo, en la STS de 16 de julio de 2003.

A efectos de la consideración de qué elementos han de ser calificados de esenciales o no para la posible aplicabilidad del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, el Consejo de Estado, en dictamen de 7 de octubre de 1999, recuerda “la distinción realizada por este Consejo de Estado en numerosos dictámenes entre requisitos necesarios y requisitos esenciales. No todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de esenciales. En el expediente sometido a consulta....no solo (es) necesario, sino esencial, el transcurso del tiempo de prestación de servicios necesarios para completar los trienios correspondientes”.

En el presente caso, a la vista de la normativa referida, puede darse la consideración de requisito esencial al tiempo de 5 años de servicios efectivos, pero la argumentación jurídica de la propuesta de resolución carece de la solidez y consistencia jurídica para poder afirmar con seguridad que determinada modalidad de prestación o interpretación de la incorporación merezcan la calificación que en ella se otorga. Por tanto, desde la perspectiva de la nulidad de pleno derecho aquí examinada y sin un

pronunciamiento definitivo de este Consejo sobre otros aspectos, ha de entenderse que no se carece de un requisito esencial, al acreditarse que el tiempo de prestación de servicios se cumple.

En consecuencia, no se aprecia la causa de nulidad del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, por lo que no procede la revisión de oficio del artículo 102 de esta misma Ley.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra informa desfavorablemente la revisión de oficio del acto presunto de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por don

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.