

Expediente: 16/2005

Objeto: Revisión de oficio de la situación de alta de ... en la modalidad de "uso especial" del servicio de asistencia sanitaria de los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra.

Dictamen: 32/2005, de 4 de agosto

DICTAMEN

En Pamplona, a 4 de agosto de 2005,

el Consejo de Navarra, integrado por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario; y los Consejeros don Francisco Javier Martínez Chocarro, don Joaquín Salcedo Izu, don José María San Martín Sánchez y don Eugenio Simón Acosta,

siendo ponente don Eugenio Simón Acosta,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Solicitud y tramitación de la consulta

El Consejero de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra, mediante escrito que tuvo entrada en este Consejo de Navarra el 10 de mayo de 2005, recaba, de conformidad con artículo 16.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra, modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre, (en adelante, LFCN), dictamen preceptivo de este Consejo sobre procedimiento de revisión de oficio de la situación de alta de don ..., don ... y doña ... en la modalidad de Uso Especial del Servicio de Asistencia Sanitaria de los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra.

En el expediente figura la Orden Foral 46/2005, del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior por la que se somete a consulta el procedimiento de revisión de oficio y acompañan a dicha orden los siguientes documentos:

1. Relación de funcionarios al servicio del Parlamento de Navarra al 31 de diciembre de 2004, en la que figuran don ... y don ..., en situación administrativa de servicios especiales.
2. Resolución de 15 de noviembre de 1999, del Director General de Función Pública, por la que se declara en situación administrativa de servicios especiales a doña
3. Escrito de doña ..., de 5 de abril de 2004, funcionaria del Parlamento de Navarra, en el que solicita acogerse al régimen de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria.
4. Informe y propuesta de desestimación de la solicitud precedente, suscrito por el Letrado Mayor del Parlamento de Navarra, de fecha 5 de abril de 2004.
5. Oficio del Director del Servicio de Ordenación de la Función Pública, de 25 de mayo de 2004, dirigido a don ..., por el que se concede al señor ... plazo para alegaciones sobre su situación de acogimiento al régimen de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria.
6. Oficio del Director del Servicio de Ordenación de la Función Pública, de 25 de mayo de 2004, dirigido a don ..., por el que se concede al señor ... plazo para alegaciones sobre su situación de acogimiento al régimen de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria.
7. Alegaciones de don ..., de 28 de mayo de 2004.
8. Alegaciones de don ..., doña ... y don ..., de 23 de junio de 2004.
9. Resolución 1625/2004, de 1 de julio, del Director General de Función Pública, por la que se desestima la solicitud de doña ... y se requiere al Servicio de Ordenación de la Función Pública el estudio de la situación de don ..., don ... y doña
10. Informe de la Sección de Régimen Jurídico del Servicio de Ordenación de la Función Pública, de 22 de febrero de 2005.

11. Resolución 387/2005, de 22 de febrero, del Director General de Función Pública, por la que se incoa procedimiento de revisión de oficio de la situación de alta de don ..., don ... y doña ... en la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria.
12. Alegaciones de doña ... y don ..., de 16 de marzo de 2005, frente a la resolución citada en el número anterior.
13. Informe de la Sección de Régimen Jurídico del Servicio de Ordenación de la Función Pública.
14. Proyecto de acuerdo del Gobierno de Navarra, resolutorio del expediente de revisión de oficio.

En el escrito de alegaciones presentado por doña ... y don ..., de fecha 16 de marzo de 2005, se solicita al Director General de Función Pública que se les conceda el trámite previsto en el artículo 24 de la LFCN, a cuyo tenor, podrán ser oídas ante el Consejo las partes interesadas en los asuntos sometidos a su consulta.

Habida cuenta del deseo manifestado ante el Director General de Función Pública, el Presidente del Consejo de Navarra resolvió, con fecha 23 de mayo, abrir término para alegaciones, con suspensión del plazo para emitir dictamen.

El día 5 de julio de 2005 se recibió en el Consejo de Navarra un oficio del Presidente del Gobierno de Navarra, dando traslado del escrito de alegaciones presentado por la representación de doña ... y don ..., de 27 de junio de 2005.

I.2ª. Antecedentes de hecho

Del expediente se deduce que don ... y don ... son funcionarios del Parlamento de Navarra, que se encuentran en situación de servicios especiales por estar prestando servicios como funcionarios de la Comunidad Europea. En la misma situación administrativa, y por el mismo motivo de prestación de servicios a la Comunidad Europea, se encuentra doña ..., que

es funcionaria al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

Los interesados vienen disfrutando, desde que pasaron a la situación administrativa de servicios especiales, del régimen de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria del Gobierno de Navarra.

Con fecha 3 de marzo de 2004, otra funcionaria del Parlamento de Navarra en situación de servicios especiales se dirigió al Letrado Mayor del Parlamento de Navarra solicitando acogerse a la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria. El Letrado Mayor consideró que, “de conformidad con lo previsto en los artículos 17.3 y 27.1.g) del Estatuto del Personal al servicio del Parlamento, 24.3 y 36.1.l) del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, y 3.1, 20 y 42 del Reglamento del Servicio de Asistencia Sanitaria”, sólo los funcionarios en la situación administrativa de servicio activo tienen derecho de acogerse al régimen de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria, y que no tienen derecho al mismo quienes pasen a situaciones asimilables a la de la peticionaria. En consecuencia, propuso a la Dirección General de Función Pública la desestimación de la solicitud.

El escrito del Letrado Mayor indujo al Servicio de Ordenación de la Función Pública del Gobierno de Navarra a estudiar la situación en que se encontraban los interesados en este procedimiento de revisión de oficio, para determinar si tenían o no derecho al disfrute del régimen de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria. A tal efecto se concedió audiencia a los interesados, que sostuvieron su derecho a disfrutar de dicho régimen en escritos fechados el 28 de mayo y 23 de junio de 2004.

La Sección de Régimen Jurídico del Servicio de Ordenación de la Función Pública emitió un informe, fechado el día 22 de febrero de 2005, en el que opinaba que los funcionarios en régimen de servicios especiales por ocupar un destino en las instituciones comunitarias no tenían derecho a disfrutar de la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria y, en consecuencia, proponía que se incoase un procedimiento de revisión de oficio de la situación de alta de don ..., don ... y doña El

procedimiento fue iniciado mediante Resolución 387/2005, de 22 de febrero, del Director General de Función Pública. Esta resolución fue notificada a don ... el día 3 de marzo de 2005; a doña ... el día 15 de marzo de 2005; y a don ... el día 7 de marzo de 2005.

Recibidas las alegaciones formuladas por los interesados, la Sección de Régimen Jurídico del Servicio de Ordenación de la Función Pública elevó propuesta, de fecha 15 de abril de 2005, para la adopción de un acuerdo de Gobierno por el que se declare de oficio la nulidad de la situación de alta de don ..., don ... y doña ... en la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria de los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra.

El día 25 de abril de 2005 se dictó la Orden Foral 46/2005, del Consejero de Presidencia, Justicia en Interior, por la que se somete a consulta del Consejo de Navarra el procedimiento de revisión de oficio de la situación de alta de los tres funcionarios repetidamente citados en la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria, y se suspende el plazo máximo legal establecido para resolver el procedimiento.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

La presente consulta formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia en Interior, se refiere a un procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LRJ-PAC), en relación con el artículo 16.1.j) de la LFCN, es preceptivo el dictamen de este Consejo de Navarra. El citado artículo exige, además, que el dictamen sea favorable para que pueda ser declarada la nulidad del acto en este tipo de procedimientos.

II.2ª. El marco jurídico de la revisión de oficio

El expediente que contemplamos, tiene por objeto la revisión de oficio por motivos de nulidad, de la situación administrativa de disfrute, por parte de tres funcionarios en situación de servicios especiales, de la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria.

Los aspectos esenciales del régimen jurídico de la revisión de oficio de actos nulos se encuentran en el artículo 102 de la LRJ-PAC, a cuyo tenor las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1 de la misma ley.

En el ordenamiento particular de Navarra, el artículo 53.1 de la Ley Foral 15/2004, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, establece que los procedimientos de revisión de disposiciones y actos nulos de la Administración de la Comunidad Foral se iniciarán por el órgano autor de la actuación nula, y serán resueltos por el Consejero titular del Departamento al que pertenece dicho órgano, salvo que provenga del Gobierno de Navarra, en cuyo caso corresponderá a éste último su resolución. Este mismo precepto exige que la declaración de nulidad debe ir precedida de dictamen previo y favorable del Consejo de Navarra.

La revisión de oficio de actos nulos regulada en el artículo 102 de la LRJ-PAC, no contempla de manera específica la instrucción y resolución del procedimiento. No obstante, nos encontramos ante un procedimiento iniciado de oficio y, de una lectura integradora de la LRJ-PAC, se derivan algunas exigencias procedimentales específicas, como son la inexcusable audiencia al interesado. Del propio artículo 102.5 de la LRJ-PAC se deduce asimismo la obligada resolución del procedimiento en el plazo de tres meses legalmente establecido al efecto, que podrá suspenderse por acuerdo al efecto en los términos prevenidos en el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC. Es preciso, además, acompañar a la petición de consulta la pertinente propuesta de resolución (artículo 28.1 del Decreto Foral 90/2000, de 28 de

febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Navarra), tal como se ha hecho en el expediente objeto de este dictamen.

Se han cumplido, por tanto, las exigencias procedimentales jurídicamente previstas, en particular la audiencia al interesado, encontrándose el procedimiento dentro del plazo legal para su resolución.

II.3ª. Sobre la supuesta nulidad de la situación de alta en la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria de los interesados

A) Régimen jurídico de la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria

La propuesta de revisión de oficio objeto de este dictamen afecta a una funcionaria al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y a dos funcionarios del Parlamento de Navarra, que se encuentran en situación de servicios especiales por prestar servicios en las instituciones de la Comunidad Europea.

a) Funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra

El régimen jurídico de los funcionarios al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra se localiza, principalmente, en el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, aprobado por Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto (en adelante, TREP), cuyo artículo 36.1.1) establece que los funcionarios en situación de servicio activo tienen derecho a la asistencia sanitaria y social, de acuerdo con lo establecido en el TREP y en sus disposiciones reglamentarias. A su vez, el artículo 24 del mismo TREP dispone que se hallarán en situación de servicios especiales los funcionarios que adquieran la condición de funcionarios al servicio de organizaciones internacionales o de carácter supranacional, y los que sean autorizados para realizar una misión en organismos internacionales.

Este último precepto se refiere a los derechos de los funcionarios en situación de servicios especiales en su apartado 3, cuyo párrafo segundo hace una alusión a los derechos de carácter social:

“3. A los funcionarios en situación de servicios especiales se les computará a todos los efectos el tiempo que permanezcan en tal situación, tendrán derecho a la reserva de la plaza y destino que ocupasen, a la carrera administrativa y a la participación en la provisión de puestos de trabajo, en los términos establecidos en los capítulos IV y VII del presente Título. En todo caso, sin perjuicio de lo establecido en los números 4 y 5 de este artículo, percibirán las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios.

Excepcionalmente y cuando el premio de antigüedad reconocido no pudiese ser percibido con cargo a los correspondientes presupuestos, deberá ser retribuido tal concepto por la Administración en que figuraba en servicio activo. Igualmente, de darse estas circunstancias respecto al abono de las cuotas de la Seguridad Social, deberá ser efectuado por su Administración de origen.”

A falta de disposiciones reglamentarias más recientes, sigue en vigor el Acuerdo de la Diputación Foral de 28 de julio de 1972, de bases para la reorganización del Servicio de Asistencia Sanitaria (en adelante, BSAS), y el Reglamento del Servicio de Asistencia Sanitaria, aprobado por Acuerdo de la Diputación Foral de 24 de agosto de 1973 (en adelante, RSAS).

La base 1ª de las BSAS dice que están acogidos al servicio de asistencia sanitaria los funcionarios en activo, jubilados, sus viudas, huérfanos y determinados familiares.

La base 2ª establece dos modalidades de asistencia sanitaria, el uso normal y el uso especial. El uso normal comprende las prestaciones que son otorgadas por la Administración al funcionario (en situación de activo o pasivo) de nómina y plantilla y a los beneficiarios que de él traigan causa, sin exigencia de cuota-parte de cotización. El uso especial comprende las prestaciones a que tienen derecho los funcionarios (activos o pasivos) y los beneficiarios que de él traigan causa si, voluntariamente, se incorporan al sistema de cotización.

El cuadro de prestaciones es sustancialmente diferente en caso de uso normal y uso especial.

El uso normal comprende, en resumen, el acceso a las especialidades médicas, quirúrgicas, de maternología y laboratorio en los establecimientos sanitarios dependientes de la Diputación Foral, y ciertas ayudas de importe reducido (600, 150 y 4.000 pesetas anuales) para pago de médico de cabecera, asistencia a partos y adquisición de productos farmacéuticos, respectivamente. El funcionario no está obligado a cotizar.

El uso especial implica asistencia médica completa, incluida estancia en centros sanitarios, a elección libre del funcionario, y prestación farmacéutica (100 por 100 en estancias hospitalarias y 75 por 100 en los demás casos). El funcionario está obligado, en caso de optar por uso especial, a cotizar con un 2,50 por 100 del sueldo base, quinquenios y pagas extraordinarias.

No obstante, el régimen de asistencia sanitaria regulado por las BSAS y el RSAS es un sistema a extinguir, dado que la disposición adicional novena del TREP implanta, para los funcionarios de nuevo ingreso, el Régimen General de la Seguridad Social, en los siguientes términos:

“1 Los funcionarios de nuevo ingreso en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y en sus organismos autónomos, en virtud de pruebas selectivas convocadas para proveer las vacantes de puestos de trabajo que no correspondan a Cuerpos Docentes no Universitarios, serán afiliados y dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, bajo la acción protectora prevista en el referido régimen, por lo que no les serán de aplicación, en ningún caso, las disposiciones sobre derechos pasivos y sobre asistencia sanitaria y social a que se refieren el presente Estatuto y demás disposiciones complementarias.

2. A los funcionarios de Cuerpos Docentes no Universitarios que ingresen en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y en sus organismos autónomos, les corresponderá el sistema de previsión social y asistencia sanitaria establecido para dichos Cuerpos en la legislación estatal vigente, sin que, en ningún caso, puedan serles aplicadas las disposiciones sobre derechos pasivos y sobre asistencia

sanitaria y social a que se refieren el presente Estatuto y demás disposiciones complementarias.

3. Los funcionarios que ingresen en la Administración de la Comunidad Foral y estén ya afiliados al régimen actual de derechos pasivos, podrán optar por mantenerse en el mismo o afiliarse al de la Seguridad Social.”

En consecuencia, los funcionarios de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra pueden estar encuadrados en alguno de los siguientes regímenes de asistencia sanitaria:

- a) El Régimen General de la Seguridad Social, aplicable a los funcionarios de nuevo ingreso (salvo los de cuerpos docentes no universitarios).
- b) Funcionarios de cuerpos docentes no universitarios de nuevo ingreso: se les aplica el sistema de previsión social y asistencia sanitaria establecido para dichos cuerpos en la legislación estatal vigente.
- c) Funcionarios de ingreso anterior al TREP: se les aplican las disposiciones del TREP y su normativa reglamentaria de desarrollo, antes reseñada.
- d) Funcionarios de nuevo ingreso y que ya se encuentren afiliados al régimen antiguo de derechos pasivos, los cuales pueden optar por mantenerse en el mismo o afiliarse al de la Seguridad Social.

Hemos de destacar también que la situación administrativa de servicios especiales no existía en el momento en que se aprobaron las normas reglamentarias que desarrollan el servicio de asistencia sanitaria específico de Navarra, por lo que no está contemplada por ellas. En este punto reside el meollo del problema de fondo suscitado en este expediente. A falta de una regulación expresa, la Administración entiende que la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria no es aplicable a los funcionarios en situación administrativa de servicios especiales, mientras que los interesados sostienen que la ausencia de norma expresa que prevea

la extinción de su derecho, éste continúa vivo aun después de acogerse a dicha situación de servicios especiales.

Por ello conviene traer a colación las normas que establecen la extinción del derecho a la asistencia sanitaria, que son los artículos 41 y 42 de las BSAS:

Según el artículo 41 de las BSAS el derecho del funcionario y sus familiares al servicio sanitario (uso normal y uso especial) se extingue por incurrir en expediente disciplinario que lleve aparejada la sanción permanente en las prestaciones y por incurrir en actuaciones que entrañen perjuicio para el Servicio de Asistencia Sanitaria. En el presente caso no se plantea ninguna de estas dos hipótesis.

El artículo 42 de las BSAS dice que “los funcionarios que pasen a la situación de excedencia voluntaria o de excedencia forzosa no podrán estar acogidos, en ningún caso, a la modalidad del Uso Especial de la Asistencia Sanitaria”, y que “perderán, en todo caso, la condición de afiliados al Régimen de Asistencia Sanitaria los funcionarios que se encuentren en situación de suspensión firme de sus funciones”.

b) Funcionarios del Parlamento de Navarra

El régimen de la asistencia sanitaria de los funcionarios del Parlamento de Navarra es el mismo que hemos expuesto para los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra. Así se desprende de la disposición adicional segunda del Estatuto del Personal del Parlamento de Navarra, aprobado por Acuerdo del Pleno del Parlamento de Navarra de 14 de marzo de 1991 (publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Navarra de 26 de marzo de 1991).

c) La asistencia sanitaria de los funcionarios de la Comunidad Europea

Conviene también aludir, aunque sólo nos afecta de forma marginal, al régimen jurídico de la asistencia sanitaria de los funcionarios de las instituciones comunitarias, contenido en el Reglamento número 259/1968 del

Consejo, de 29 de febrero de 1968, por el que se establece el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de estas Comunidades y por el que se establecen medidas específicas temporalmente a los funcionarios de la Comisión. Dicho reglamento dispone que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas estará constituido por las disposiciones del Estatuto de los funcionarios de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, es decir el Reglamento n° 31 (CEE), n° 11 (CEE), de 18 de diciembre de 1961, por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

El artículo 72 de dicho Reglamento dispone que los funcionarios de las Comunidades y personas a su cargo estarán cubiertos del riesgo de enfermedad hasta el límite del 80 %, del 85 %, ó del 100 % de los gastos realizados, según los casos. El afiliado debe sufragar un tercio de la contribución necesaria para asegurar esta cobertura, sin que su aportación pueda exceder del 2 % de su sueldo base.

Este mismo artículo 72 dice, en su apartado 4:

“4. El beneficiario estará obligado a declarar los reembolsos de gastos percibidos o que pueda —tener derecho a reclamar con arreglo a otro régimen de seguro de enfermedad, legal o reglamentario, para sí mismo o para una de las personas protegidas por su seguro.

En el caso de que total de las indemnizaciones a las que pudiere tener derecho llegase a sobrepasar la suma de las indemnizaciones previstas en el apartado 1, la diferencia será deducida de la cantidad que se debe percibir, a tenor del apartado 1, salvo en lo que respecta a las indemnizaciones obtenidas por un seguro de enfermedad complementario privado destinado a resarcir la parte de gastos no indemnizables por el régimen de seguro de enfermedad de las Comunidades.”

B) Argumentos de la propuesta de resolución sobre el fondo del asunto

La propuesta de resolución considera que nos encontramos ante un acto nulo de pleno derecho en virtud de lo dispuesto por el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, según la cual son nulos 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. Según la propuesta, los interesados no reúnen los requisitos exigibles para disfrutar el derecho a la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria, puesto que se encuentran en situación de servicios especiales.

Según la propuesta de resolución hay que interpretar las disposiciones de las BSAS y los preceptos del RSAS de acuerdo con la realidad actual del sistema sanitario, de forma que la modalidad de uso normal comprende la asistencia sanitaria en los establecimientos sanitarios dependientes de la Diputación Foral, que hoy abarcan tanto las prestaciones de asistencia primaria (cuando se aprobaron las BSAS, los servicios médicos de la Diputación no incluían la medicina general) como un conjunto de especialidades más extenso del que existía en 1972. Por tanto, el uso normal no es hoy tan limitado como lo fue en épocas anteriores.

La diferencia actual entre la modalidad de uso normal y la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria reside en que éste incluye la asistencia médica completa, incluida la estancia en centros sanitarios y clínicas privadas o no dependientes de la Administración de la Comunidad Foral y la prestación farmacéutica. Conforme al artículo 2 del Decreto Foral 186/2002, de 19 de agosto, la Administración de la Comunidad Foral reintegra a los afiliados a la modalidad de “uso especial” la totalidad de los gastos generados con ocasión de aquellas prestaciones sanitarias que, por causa de falta de medios personales o materiales, no pueden ser atendidas en los centros sanitarios dependientes del Gobierno de Navarra.

Según el criterio sostenido por la propuesta de resolución, el requisito de cotización al sistema es un requisito esencial para el disfrute de las

prestaciones de la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria, de acuerdo con lo previsto por el artículo 4 del RSAS, que establece que el uso especial “comprenderá las prestaciones a que tendrán derecho los funcionarios y los beneficiarios que de ellos traigan causa si, voluntariamente, se incorporan al sistema de cotización”. La obligación de cotización se reitera en el artículo 25 del RSAS, según el cual, los afiliados a esta modalidad están obligados a “satisfacer las cuotas establecidas”, de forma que —añade la propuesta— el funcionario que no cotice no tiene derecho a las prestaciones del uso especial, aunque sí al uso normal.

Por otra parte, el RSAS excluye expresamente de la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria a los funcionarios excedentes voluntarios y forzosos, lo cual es coherente con el hecho de que el funcionario en situación de excedencia no percibe retribución alguna de la Administración de la Comunidad Foral ni cotiza al montepío correspondiente. En el caso de la excedencia especial es aplicable la misma argumentación por la que han sido excluidos los excedentes voluntarios y forzosos. Del precepto que excluye a estos últimos se puede inducir (deducir, según la propuesta) los principios generales que inspiran el sistema normativo, entre los que se encuentra el carácter de requisito esencial de la cotización para el disfrute del derecho.

La Ley Foral 10/2003, de 5 de marzo, de régimen transitorio de los derechos pasivos del personal funcionario de los montepíos de las administraciones públicas de Navarra, establece, a su vez, la obligación de cotizar a los respectivos montepíos (que incluye la asistencia sanitaria en la modalidad de “uso especial”, según el artículo 11 de la citada Ley Foral) de los funcionarios en situación de servicio activo dados de alta el régimen de derechos pasivos, así como “los funcionarios acogidos a los respectivos Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra, que sean declarados en las situaciones de servicios especiales, de excedencia especial o de suspensión provisional” (artículo 10 Ley Foral 10/2003). Ahora bien, este mismo artículo 10 exceptúa de la obligación de cotizar a “los funcionarios que se hallen en la situación de servicios especiales y se encuentren en situación de alta en otro sistema de previsión social por el

desempeño del puesto o cargo, que haya determinado su pase a tal situación administrativa”. Este último es el caso de los funcionarios en situación de servicios especiales por haber adquirido la condición de funcionarios de las instituciones comunitarias, puesto que gozan de las prestaciones sanitarias del artículo 72 del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas. Tales funcionarios no tienen obligación de cotizar.

Por otra parte, la propuesta de resolución argumenta que los funcionarios en situación de servicios especiales tienen derecho a la reserva de la plaza y destino que ocupasen, a la carrera administrativa y a la participación en la provisión de puestos de trabajo, así como a las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeñen. Sólo excepcionalmente y cuando el premio de antigüedad reconocido no pudiese ser percibido con cargo a los correspondientes presupuestos, se les reconoce el derecho a ser retribuidos por tal concepto por la Administración en que figuraba en servicio activo. Igualmente, de darse estas circunstancias respecto al abono de las cuotas de la Seguridad Social, deberá ser efectuado el pago por su Administración de origen. De aquí se deduce —según el criterio de la propuesta— que “cuando un funcionario foral pasa a la situación de servicios especiales, la cotización al régimen de previsión social correspondiente correrá a cargo de la entidad de la cual perciba sus retribuciones por el puesto o cargo que desempeñe. Únicamente se prevé, con carácter excepcional, que la Administración foral de origen satisfará tales cuotas en el supuesto, que no es éste, de que no pudieran ser abonadas con cargo a los presupuestos de la entidad en la que desempeñe su puesto el funcionario”.

Se añaden, además, algunas consideraciones sobre el distinto tratamiento de los funcionarios forales y los estatales que prestan servicios en las instituciones europeas, desde la perspectiva del principio de igualdad que —a juicio de la propuesta— no resulta vulnerado porque está prevista la posibilidad de seguir integrado voluntariamente en MUFACE y, por tanto, la subsistencia de la obligación de cotizar del funcionario estatal; o, en el caso de los funcionarios acogidos al Régimen General de la Seguridad Social, cabe la posibilidad de seguir afiliados si se suscribe el correspondiente

convenio especial (disposición adicional quinta del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio). En el caso de los funcionarios estatales se aplica también el principio general de que sólo disfruta de las prestaciones quien cotiza.

C) Argumentos de los interesados sobre el fondo del asunto

Desde la perspectiva de los interesados (en particular, de don ... y de doña ...), el derecho a la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria se adquiere con el ingreso en el servicio activo y sólo se pierde cuando se dan las circunstancias previstas en el RSAS, entre las que no se encuentra la de pasar a la situación de servicios especiales.

El argumento de la Administración no es válido, según los interesados, porque no existe legal ni reglamentariamente ningún principio que vincule la cotización al disfrute de las prestaciones de la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria. Ese principio es, según ellos, un deseo personal del intérprete que no encuentra apoyo en el artículo 10.2 de la Ley Foral 10/2002 (que establece un derecho y no la supresión de la asistencia sanitaria). Por otra parte —añaden—, nunca han dejado de cotizar, según se desprende de las nóminas mensuales que les remite el Parlamento de Navarra: para demostrarlo se adjuntan dos nóminas recientes (extra 1 de julio a 31 de diciembre de 2004 y mensualidad de febrero de 2005), en las que figura el concepto “descuento uso” por importe de 67,84 y 59,36 euros respectivamente. Afirman también el señor ... y la señora ... que todavía no han ejercido el derecho que tienen los funcionarios en régimen de servicios especiales de optar por el sistema de derechos pasivos anterior a 2003, que incluye la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria; esta opción puede ejercerse en el plazo de un mes desde la fecha de reingreso en el servicio activo, al amparo de lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley Foral 10/2003 (“los funcionarios que a la entrada en vigor de la presente Ley Foral se encuentren en situación de servicios especiales, excedencia voluntaria, especial o forzosa o de suspensión de funciones, podrán también solicitar su continuación en el

sistema de derechos pasivos anterior al previsto en esta Ley Foral, en el plazo de un mes, a contar desde la fecha de su reingreso al servicio activo”).

D) Improcedencia de la revisión de oficio

Antes de entrar en el fondo del asunto 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.

Pues bien, la primera dificultad que encontramos para aplicar en este caso la doctrina de la nulidad de pleno derecho de actos administrativos y aceptar la procedencia de la revisión de oficio de los mismos radica en la indeterminación del acto que supuestamente reconoce derechos sin que concurren los requisitos esenciales para su adquisición. Si nos atenemos a la propuesta de resolución observamos que no se identifica el acto que se pretende anular. La más cercana aproximación al mismo se encuentra en el siguiente párrafo del fundamento segundo de la propuesta:

“La inclusión de don ..., don ... y doña ... en la modalidad de Uso Especial del Servicio de Asistencia Sanitaria goza de firmeza, pues la afiliación y alta en dicho sistema, en cuanto actos favorables a los interesados, no han sido objeto de impugnación por su parte.”

Al no estar identificado el acto administrativo a que se refiere el párrafo que acabamos de transcribir, hemos de suponer que la afiliación y alta en el sistema se produjo en el momento en que los interesados ingresaron en el servicio activo o, en su caso, en el momento posterior en que voluntariamente se integraron en la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria. No existen razones para pensar que dicho acto fue un acto subsiguiente al momento en que accedieron a la situación de servicios especiales pues lo normal es que a partir de ese momento siguieran disfrutando de las prestaciones sin necesidad de acto alguno de reconocimiento de las mismas y mucho menos de afiliación o alta que, necesariamente, deberían haberse producido antes. Tampoco se puede afirmar que ese supuesto acto inicial y anterior al momento de acceder a la situación de servicios especiales haya devenido nulo por circunstancias sobrevenidas.

Por tanto, a falta de identificación del acto cuya nulidad pretende ser declarada, es necesario afirmar la improcedencia de dicha declaración. En

un supuesto no exactamente igual, pero que presenta alguna similitud con el que aquí contemplamos, dijo el TSJ de Asturias lo siguiente:

“QUINTO.- De la simple lectura del precepto citado se desprende con claridad que, la revisión de oficio que regula se refiere a los actos declarativos de derecho, estableciendo una duplicidad de regímenes según que infrinjan gravemente normas de rango legal o reglamentario o en los demás casos. Pues bien, como en el supuesto de autos, no existe acto declarativo alguno de derechos en favor de la recurrente, es evidente que la pretendida revisión de oficio no encuentra amparo procedimental en el precepto invocado como fundamento legal de la pretensión ejercitada...” (STSJ Asturias 30-9-99, RJCA 3342).

En cuanto al fondo del asunto, este Consejo de Navarra considera que no se dan tampoco los elementos necesarios para admitir este procedimiento excepcional de declaración de nulidad que es la revisión de oficio de actos administrativos firmes.

La Administración entiende que el acto es nulo de pleno derecho porque infringe un principio jurídico no formulado expresamente por la ley, sino inducido a partir de una interpretación del ordenamiento vigente no exenta de argumentos, pero carente de esa seguridad o evidencia que debe exigirse para considerar un acto nulo de pleno derecho y para proceder a su revisión por el cauce previsto en el artículo 102 de la LRJ-PAC que ha de ser aplicado, como ya hemos indicado, de forma estricta.

La Administración se apoya en una realidad fáctica, la falta de cotización de los interesados, que resulta negada por la aportación de dos nóminas de don ... en las que consta un descuento que parece ser el importe de la cotización del interesado a la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria.

Por otra parte, la argumentación jurídica carece de la solidez y consistencia suficientes para poder afirmar con seguridad que la cotización merezca la calificación que se le otorga en la propuesta de resolución de este expediente.

En efecto, el argumento de que debe aplicarse a los funcionarios en régimen de servicios especiales el mismo criterio que a los que se

encuentran en régimen de excedencia voluntaria o forzosa (excluidos de la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria por el artículo 42 del RSAS) no goza del vigor necesario para sustentar una conclusión fuera de toda duda o discusión. Es evidente que frente a él puede afirmarse que una norma restrictiva de derechos, como es la citada, no debe ser interpretada extensivamente ni aplicada analógicamente a supuestos distintos de aquéllos expresamente previstos en la misma. No nos corresponde en este momento optar por una u otra interpretación, sino que basta con afirmar que las dos tienen argumentos que las sustentan, para concluir que no puede deducirse de aquí una clara opción por la nulidad radical o de pleno derecho de un supuesto y no identificado acto administrativo de alta en la modalidad de “uso especial” por falta de un requisito sustancial para gozar de ese derecho.

Tampoco se deduce con claridad del artículo 10 de la Ley Foral 10/2003 la conclusión que de él pretende extraer la propuesta de resolución. El texto completo de este precepto, transcrito parcialmente en páginas precedentes, es el siguiente:

“Artículo 10. Nacimiento y duración de la obligación de cotizar.

1. Los funcionarios acogidos a los respectivos Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra, en situación de servicio activo y dados de alta en el sistema de derechos pasivos establecido en esta Ley Foral, estarán obligados a cotizar en tanto se hallen en dicha situación administrativa.

2. Asimismo, estarán obligados a cotizar los funcionarios acogidos a los respectivos Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra, que sean declarados en las situaciones de servicios especiales, de excedencia especial o de suspensión provisional.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, quedan exceptuados de la obligación de cotizar los funcionarios que se hallen en la situación de servicios especiales y se encuentren en situación de alta en otro sistema de previsión social por el desempeño del puesto o cargo, que haya determinado su pase a tal situación administrativa.”

Fácilmente puede observarse que este artículo impone la obligación de cotizar a ciertos funcionarios, pero no impide que puedan hacerlo los que se

hallen en servicios especiales y se encuentren en situación de alta en otro sistema de previsión social por el desempeño del puesto o cargo que haya determinado su pase a tal situación administrativa. Respecto de estos últimos, la letra de la Ley Foral dice simplemente que no están obligados a cotizar, pero no rechaza —al menos de forma patente— la posibilidad de cotizar voluntariamente. Si a ello se añade que el “uso especial” se aplica, según el artículo 4 del RSAS a los funcionarios que, “voluntariamente, se incorporan al sistema de cotización”, podemos considerar que es perfectamente defendible la existencia de la posibilidad de opción por la cotización, cuya cuantía se puede determinar adaptando la normativa vigente a las circunstancias particulares del caso, sin que esto signifique un pronunciamiento definitivo de este Consejo de Navarra al respecto, pues lo único que en este momento interesa resaltar es que la argumentación administrativa carece de la solidez necesaria para llegar a la conclusión que se pretende: la nulidad de pleno derecho declarada a través del procedimiento del artículo 102 de la LRJ-PAC.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra dictamina desfavorablemente la propuesta de declaración de nulidad de pleno derecho, a través del procedimiento de revisión de oficio, de la situación de alta de don ..., don ... y doña ... en la modalidad de “uso especial” del servicio de asistencia sanitaria de los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.