

Expediente: 1/2006

Objeto: Revisión de oficio de acto presunto sobre dedicación no exclusiva de facultativo especialista en régimen de contratación administrativa temporal.

Dictamen 6/2006, de 16 de febrero

DICTAMEN

En Pamplona, a 16 de febrero de 2006,

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, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don José Antonio Razquin Lizarraga,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

1.1ª. Solicitud y tramitación de la consulta

La Consejera de Salud del Gobierno de Navarra mediante escrito que tuvo entrada en este Consejo el 5 de enero de 2006 recabó, de conformidad con el artículo 16.1.i) 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 revisión de oficio de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por don ... con fecha 17 de noviembre de 2004, en la que formula renuncia al régimen de dedicación exclusiva.

A la petición de dictamen se acompaña el expediente de revisión de oficio tramitado, que incluye la Orden Foral acordando la consulta y la propuesta de Orden Foral 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 ... con fecha 17 de noviembre de 2004, en la que

formula renuncia al régimen de dedicación exclusiva.

El Presidente del Consejo de Navarra, mediante escrito de 13 de enero de 2006, solicitó que se completara la documentación remitida respecto de la tramitación de un recurso de alzada interpuesto por el afectado. Con fecha 31 de enero de 2006 se ha remitido documentación complementaria constituida por escrito de la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico del Servicio Navarro Salud-Osasunbidea (desde ahora, SNS-O) señalando que no consta en el expediente la resolución expresa de dicho recurso, por cuanto que no ha sido tramitado ante el Departamento de Presidencia, Justicia e Interior. Y con fecha 9 de febrero de 2006 ha tenido entrada nueva documentación complementaria aportada por el Departamento de Salud del Gobierno de Navarra.

1.2ª. Antecedentes de hecho

De la documentación remitida a este Consejo resultan los siguientes hechos relevantes:

Primero.- Don ... fue contratado, en virtud de contrato suscrito el 1 de marzo de 1999, para prestar servicio en el Hospital Virgen del Camino dependiente del SNS-O con categoría de facultativo especialista de cirugía plástica, a partir del 1 de marzo de 1999 hasta la desaparición de las necesidades del servicio que dieron su origen al contrato y con una duración máxima hasta el 30 de junio de 1999. De acuerdo con la cláusula sexta del contrato, el contratado se sometía expresamente al régimen general de incompatibilidades previsto en el Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, y al establecido, con carácter genérico, por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre; y asimismo le serían de aplicación en su caso las limitaciones previstas en el artículo 10 de la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, para los supuestos de trabajo en régimen de incompatibilidad o dedicación exclusiva. A tenor de la cláusula octava, este contrato tiene naturaleza administrativa.

El anterior contrato fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2000. Sin embargo, con fecha 17 de noviembre de 2000, se firmó una novación del contrato en orden a la cobertura de la vacante de la plaza 67.900 de

F.E.A./Adjunto de cirugía plástica y reparadora con destino en Hospital Virgen del Camino, con efectos del citado día hasta el 31 de diciembre de 2000.

Con posterioridad, el contrato fue prorrogado desde el 1 de enero de 2001 hasta el 30 de junio de 2001, desde 1 de julio de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2001 y desde el 1 de enero de 2002 hasta el 30 de junio de 2002, consignándose en tales prórrogas que será condición resolutoria la cobertura reglamentaria de la vacante nº 67.900 o la amortización de la misma.

Con fecha 1 de julio de 2002 se formalizó nuevo contrato entre el SNS-O y don ... para la cobertura de la vacante de la plaza 67.900 de F.E.A./Adjunto con destino en Servicio de Cirugía Plástica (Hospital Virgen del Camino), a desarrollar con dedicación exclusiva. Este contrato produce efectos desde el 1 de julio de 2002 y finalizará por la provisión de la plaza o su amortización o por las causas comunes de extinción de los contratos administrativos previstas en el artículo 8 del Decreto Foral 1/2002, de 7 de enero. Además, se reiteran aquí las cláusulas del primer contrato respecto del régimen general de incompatibilidades y la naturaleza administrativa del contrato.

Con fecha 25 de marzo de 2004, las mismas partes suscribieron un contrato para la prestación de servicios en el SNS-O (H.V.C.) “desarrollando las funciones del puesto de trabajo de F.E.A./Adjunto, con dedicación exclusiva, con la especialidad de Cirugía Plástica y Reparadora nivel A, adscrito al Servicio de Cirugía Plástica (Hospital Virgen del Camino), y con destino en Servicio de Cirugía Plástica (Hospital Virgen del Camino)” (Cláusula primera). La efectividad del contrato se inició el 25 de marzo de 2004, fijándose distintas causas de extinción, entre ellas, la reincorporación a su puesto de trabajo de la persona a la que sustituye temporalmente. Asimismo incluye cláusulas relativas al régimen general de incompatibilidades y a su naturaleza administrativa. Además, en lo no previsto en el contrato, se estará a lo dispuesto en el Decreto Foral 1/2002, de 7 de enero, y en su defecto, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, a lo establecido en el régimen general de los funcionarios de

las Administraciones Públicas de Navarra, cuyas disposiciones le serán de aplicación, excepción de aquéllas que sean inherentes a su condición.

Segundo.- Con fecha 10 de noviembre de 2004, don ... presenta escrito en el Hospital Virgen del Camino solicitando le sea aceptada la renuncia al régimen de dedicación exclusiva, señalando que ha prestado servicios durante más de cinco años como facultativo especialista contratado temporalmente por el SNS-O. Acompaña a dicho escrito certificación de servicios prestados expedida por la Directora de Personal del Hospital Virgen del Camino, que incluye los desempeñados en régimen temporal en los puestos de M.I.R y de F.E.A./Adjunto.

Dicha solicitud se dice remitida por la Dirección del Hospital Virgen del Camino mediante escrito que tiene entrada el 17 de noviembre de 2004 en el registro del SNS-O.

En relación con dicha solicitud el Director Médico del Hospital Virgen del Camino informó, con fecha 9 de diciembre de 2004, señalando que el Doctor ... tiene un contrato temporal de F.E.A. y que cuando se le propuso se le hizo saber que dicho contrato conllevaba la exclusividad, hecho que aceptó, por lo que no parece coherente que ahora solicite la exención de la misma.

Por otra parte, la Directora de Personal del Hospital Virgen del Camino, con el visto bueno del Director del Centro, remite escrito a la Subdirección de Personal del SNS-O, con fecha 13 de diciembre de 2004, señalando, respecto de la renuncia a la dedicación exclusiva, que su concesión no afecta negativamente a la parte presupuestaria y desde el punto de vista organizativo y funcional del Servicio de Cirugía Plástica no interfiere en el funcionamiento del servicio, según informa el Director Médico del Centro.

Tercero.- Por Resolución 1309/2004, de 23 de diciembre, del Director de Recursos Humanos del SNS-O, se denegó el régimen de dedicación no exclusiva a don ..., F.E.A./Adjunto, personal temporal contratado, adscrito al Hospital Virgen del Camino. Esta Resolución, tras reproducir el artículo 2 del Decreto Foral 387/1992, señala que “no reuniendo don ... el citado requisito, no procede concederle el régimen de dedicación exclusiva”.

Cuarto.- Con fecha 9 de febrero de 2005, don ... interpuso recurso de alzada contra la precitada Resolución 1309/2004, de 23 de diciembre, del Director de Recursos Humanos del SNS-O. En primer lugar, alega que ha de entenderse estimada su solicitud en virtud de silencio administrativo positivo, por haber transcurrido el plazo reglamentariamente establecido para resolver en el presente supuesto, sin que sea posible el dictado de resolución expresa posterior salvo que fuere confirmatoria del silencio de conformidad con lo dispuesto en los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC).

En segundo lugar, considera que la resolución impugnada es contraria al régimen de dedicación exclusiva o no exclusiva previsto en el artículo 10.4 de la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre y en el artículo 2 del Decreto Foral 387/1992, de 23 de noviembre. A su juicio, el Decreto Foral sólo fija el procedimiento para ejercer la opción, sin que pueda establecer nuevos requisitos; los términos incorporación y servicios efectivos son también predicables del personal en régimen de contratación administrativa temporal, cuyo régimen, conforme al Decreto Foral 1/2002, de 7 de enero, es similar al del personal funcionario; y, por último, en otros supuestos idénticos el SNS-O ha autorizado la renuncia a la dedicación exclusiva, por lo que, en virtud del artículo 14 de la Constitución, debe ser igual el tratamiento dispensado por la Administración a supuestos idénticos.

Al recurso de alzada se acompañan distintos documentos. Entre ellos, la Resolución 63/2000, de 27 de enero, del Director de Administración y Recursos Humanos del SNS-O, por la que se aplica el régimen de dedicación exclusiva a un F.E.A. de Cirugía Plástica, personal temporal, adscrito al Hospital Virgen del Camino.

Este recurso de alzada no ha sido resuelto expresamente, según indica el Servicio de Régimen Jurídico del SNS-O en respuesta a la petición de documentación complementaria formulada por este Consejo.

Quinto.- Por la Directora de Personal de Hospital Virgen del Camino se informa, con fecha 15 de junio de 2005, en relación con don ... que “revisado

su expediente personal y en relación con el cobro del complemento de exclusividad, pongo en su conocimiento que siempre ha desempeñado su trabajo en régimen de dedicación exclusiva salvo en el periodo 1 de febrero a 23 de julio de 2003, en que se dejó de abonar ese complemento por acuerdo de la Comisión de Dirección del Hospital Virgen del Camino”.

Asimismo, consta en el expediente sentencia firme número 201/2004, de 30 de noviembre de 2004, del Juzgado de lo Contencioso número 1 de Pamplona, que desestima el recurso interpuesto por don ... contra acuerdo del Gobierno de Navarra de 10 de mayo de 2004 desestimatorio del recurso de alzada formulado en relación con renuncia al régimen de dedicación exclusiva. En este asunto se debate sobre el cómputo del plazo de cinco años exigido por el artículo 2 del Decreto Foral 387/1992, respecto de un facultativo que había ingresado como funcionario en el SNS-O en octubre de 2003, que pretendía que, a los efectos de cómputo de dicho período, se le tuvieran en cuenta los servicios prestados en otras Administraciones Públicas. La sentencia entiende que el plazo ha de computarse desde la incorporación o ingreso en el SNS-O.

Sexto.- Por Resolución 1620/2005, de 6 de octubre, del Director Gerente del SNS-O, se incoa el procedimiento de revisión de oficio de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por don ... en fecha 17 de noviembre de 2004, en la que formula renuncia al régimen de dedicación exclusiva. Asimismo, se da traslado de la misma al interesado para que, en plazo de diez días, pueda presentar alegaciones y documentos que estime pertinentes.

Dicha Resolución, coincidente con el previo informe del Servicio de Régimen Jurídico del SNS-O, entiende que la solicitud fue estimada por silencio administrativo, al haberse dictado la resolución desestimatoria el 23 de diciembre de 2004 y haberse notificado al interesado el 10 de enero de 2005.

En cuanto a la revisión de oficio del acto, su extensa motivación puede resumirse en la afirmación siguiente: “don ..., con régimen jurídico de personal contratado administrativo temporal, no ostenta el requisito

establecido para ejercer la opción por la prestación de servicios en régimen de dedicación no exclusiva, por cuanto que el Decreto Foral 387/1992, de 23 de noviembre, citado, establece la posibilidad de optar por el régimen de dedicación exclusiva solamente al personal funcionario que reúna determinados requisitos. Por ello, el acto administrativo presunto estimatorio frente al que se inicia un procedimiento de revisión de oficio incurre en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el apartado f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, por otorgar un derecho a quien carece de los requisitos esenciales para su adquisición”. Asimismo, señala que el contratado debe sujetarse a los términos del contrato, suscrito en régimen de dedicación exclusiva.

Séptimo.- Con fecha 9 de noviembre de 2005, don ... formuló alegaciones, que pueden sintetizarse del modo siguiente: en primer lugar, considera que la incoación del procedimiento de revisión de oficio comporta implícitamente la estimación del recurso de alzada. En segundo lugar, entiende que no se está ante un acto presunto por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición, que durante más de siete meses de prestación temporal disfrutó del derecho o facultad de dedicación no exclusiva y que la pretendida exigencia de cinco años en dedicación exclusiva desde la plaza en propiedad no es un requisito esencial para renunciar a ella, sino en todo caso sería un requisito necesario, lo que haría al acto anulable, pero no nulo de pleno derecho. En tercer lugar, entiende que los términos “incorporación” y “servicios efectivos” del artículo 2 del Decreto Foral 387/1992 no excluyen la prestación de servicios con carácter temporal o interino, según resulta de la Ley Foral 11/1992 y del Decreto Foral 1/2002. En cuarto lugar, la interpretación sistemática de los artículos 2 y 3 del Decreto Foral 387/1992 permite incluir la contratación temporal, como se deriva del acuerdo de la Diputación Foral de 29 de octubre de 1981 sobre reconocimiento de servicios, de la disposición adicional 2ª.4 de la Ley Foral 11/1999, de 6 de abril, de los criterios de baremación aplicados en los procesos selectivos convocados por el organismo autónomo y de la jurisprudencia, como demuestra también la autorización de dicho régimen en otros supuestos similares. Finalmente, cita el dictamen del Consejo de Navarra de 4 de

agosto de 2005 emitido en el expediente 13/2005.

Por otra parte, acompaña a su escrito diversa documentación y propone la práctica de prueba.

Octavo.- En el trámite de prueba destacan los documentos siguientes: certificación de la Directora de Personal del Hospital Virgen del Camino a cuyo tenor dos médicos fueron autorizados por la Dirección de Administración de Recursos Humanos del SNS-O a la prestación de servicios en régimen de dedicación no exclusiva sin haber obtenido plaza en propiedad; certificación emitida por la misma Directora a cuyo tenor a don ... del período 1 de febrero al 23 de julio de 2003 se abonó un 11% de sueldo base en concepto de complemento específico; y documento sobre régimen de dedicación exclusiva en la contratación de personal médico de los equipos de atención primaria.

Noveno.- El Director Gerente del SNS-O formula, en fecha 20 de diciembre de 2005, propuesta de resolución del procedimiento de revisión de oficio. Considera que, al no ostentar la cualidad de funcionario, la estimación por silencio constituye un acto presunto nulo de pleno derecho conforme al artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC por otorgar un derecho a quien carece de los requisitos esenciales para su adquisición.

Consta, además, una propuesta de Orden Foral de la Consejera de Salud (desde ahora, propuesta de resolución) 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. Esta propuesta viene precedida de informe del Servicio de Régimen Jurídico del SNS-O, de 20 de diciembre de 2005, en sentido coincidente con aquélla.

La propuesta de resolución contiene una amplia motivación en línea con la consignada en el acto de iniciación del procedimiento de revisión de oficio. En primer lugar, considera que la solicitud del interesado optando por la dedicación no exclusiva fue estimada por silencio administrativo y éste es el acto presunto objeto de la revisión de oficio. En segundo lugar, de acuerdo con el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, dicho acto es contrario al

ordenamiento jurídico por haber adquirido el solicitante facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, ya que, tras una referencia al marco normativo del régimen de incompatibilidades en el Derecho Foral, entiende que el Decreto Foral 387/1992 hace un desarrollo restrictivo de la posibilidad de opción fijando determinadas condiciones, así como el ingreso en el SNS-O, por lo que tanto el ingreso como la incorporación vienen referidos únicamente al personal funcionario. Aduce, en apoyo de ello, la sentencia número 201/2004, de 30 de noviembre de 2004, del Juzgado de lo Contencioso número 1 de Pamplona. En tercer lugar, la normativa vigente, el Decreto Foral 387/1992, exige la condición de funcionario para optar por el régimen de dedicación exclusiva, por lo que el acto presunto de otorgamiento de tal régimen es nulo de pleno derecho conforme al artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, por otorgar un derecho a quien carece de los requisitos esenciales para su adquisición, por cuanto don ... no es funcionario. En cuarto lugar, señala que el interesado ha suscrito contratos en los que se acuerda el régimen de dedicación exclusiva, siendo de aplicación el principio "pacta sunt servanda". Y finalmente, rechaza la invocación del interesado respecto del principio de igualdad, por entender que sólo cabe dentro de la legalidad.

Décimo.- Por Orden Foral 134/2005, de 30 de diciembre, de la Consejera de Salud, se decide solicitar el dictamen preceptivo del Consejo de Navarra en el mencionado procedimiento de revisión de oficio, quedando entre tanto suspendido el plazo para su resolución.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

La presente consulta se refiere a un procedimiento de revisión de oficio de un acto administrativo presunto, 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 (LRJ-PAC), en relación con el artículo 16.1.i) de la LFCN, es preceptivo el dictamen de este Consejo de Navarra; lo que reitera el artículo 53.3 de la

Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (desde ahora, LFACFN). Además se exige que el dictamen sea favorable para que pueda ser declarada la nulidad del acto.

II.2ª. Marco jurídico

La revisión de oficio de actos nulos está regulada 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 de la misma Ley. De acuerdo con el artículo 62.1.f) de esta Ley, son nulos de pleno derecho “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

En el ordenamiento jurídico de Navarra, el artículo 53 de la LFACFN 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 (apartado 1). Los Consejeros son los órganos competentes para resolver 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 (apartado 2). Y finalmente la declaración de nulidad requerirá dictamen previo y favorable del Consejo de Navarra (apartado 3).

Asimismo, el artículo 115.3 de la propia LFACFN dispone, respecto de los organismos autónomos, que la revisión de oficio de los actos nulos se realizará por Orden Foral del Consejero titular del Departamento al que estén adscritos.

La regulación sustantiva de aplicación ha de partir de los aspectos

significativos en el asunto considerado. Se trata de un acto presunto relativo al régimen de dedicación exclusiva de una persona que presta servicios como personal facultativo especialista de área en régimen de contratación administrativa temporal dentro del SNS-O.

El personal adscrito al organismo autónomo SNS-O tiene un régimen específico establecido en la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre. Esta Ley Foral es aplicable al personal funcionario, tanto de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra como transferido del Estado, y al estatutario proveniente de la Seguridad Social, adscrito al SNS-O (artículo 1). En cambio, el personal contratado en régimen laboral se rige por el Derecho laboral, sin perjuicio de las peculiaridades del carácter público del servicio (artículo 2). Por otra parte, el artículo 29 de la misma Ley Foral -en su vigente redacción- dispone:

- “1. El Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea sólo podrá contratar personal en régimen administrativo para:
 - a) La realización de estudios o proyectos concretos o trabajos singulares no habituales.
 - b) La sustitución del personal y la provisión temporal de las vacantes existentes en su plantilla orgánica.
 - c) La atención de otras necesidades de personal debidamente justificadas, ya sean a tiempo completo o a tiempo parcial, siempre que se acredite la insuficiencia de personal fijo para hacer frente a las mismas.
2. Los contratos administrativos que suscriba el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, se ajustarán a lo establecido en la presente Ley Foral.
3. Las retribuciones del personal contratado específicamente en programas de formación para postgraduados y de los facultativos internos residentes (MIR, PIR, FIR, QIR, BIR y similares), serán en todo momento iguales a las correspondientes al personal interno residente del INSALUD-Gestión Directa.”

Así pues, la Ley Foral 11/1992 contempla varios tipos de personal adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea: de un lado, los funcionarios y personal estatutario sometidos al régimen específico establecido en dicha Ley Foral (artículo 1); y, de otro, el personal laboral que se rige por el Derecho laboral (artículo 2). Al régimen de los primeros -con algunas salvedades- puede sumarse el personal contratado en régimen

administrativo al que también se le aplica la propia Ley Foral 11/1992 (artículo 29.2).

La Ley Foral 11/1992 dispone que, en lo no previsto en la misma, se aplique al personal adscrito al SNS-O lo establecido con carácter general para los funcionarios al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus organismos autónomos (artículo 4). Es decir, establece con carácter general la supletoriedad del régimen general de los funcionarios de las Administraciones públicas de Navarra fijado en el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones públicas de Navarra (en adelante, TREP), aprobado por Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, y las disposiciones que lo desarrollan.

En cuanto al particular extremo aquí considerado, la Ley Foral 11/1992 incluye, dentro de la regulación del complemento específico, una normativa especial sobre el régimen de dedicación exclusiva de determinado personal. En lo que aquí interesa, su artículo 10.4 dice así:

“4. a) Sin perjuicio de lo establecido con carácter general en el primer párrafo del núm. 3 anterior, los facultativos especialistas y los médicos de los equipos de atención primaria encuadrados en el nivel A podrán optar por la dedicación exclusiva o la no exclusiva al sector público, previo desarrollo por el Gobierno del procedimiento reglamentario para ejercer la opción.

b) Quedan exceptuados de lo dispuesto en la letra anterior los facultativos especialistas Jefes de Servicio, Jefes de Sección, Jefes Clínicos y los Directores de los equipos de atención primaria que deberán prestar sus servicios en régimen de dedicación exclusiva.

c) No obstante lo dispuesto en la letra anterior, los facultativos especialistas Jefes de Servicio, Jefes de Sección, Jefes Clínicos y los Directores de los equipos de atención primaria cuyo nombramiento para tales Jefaturas o Dirección sea anterior a la entrada en vigor de esta Ley Foral, podrán optar, antes del 31-12-1992 y por una sola vez, por la dedicación no exclusiva al sector público. Para hacer efectivo el ejercicio de este derecho, el Gobierno establecerá el procedimiento reglamentario adecuado y, una vez haya finalizado el plazo establecido anteriormente, aprobará la relación de quienes tengan dedicación exclusiva al sector público y aquellos que no la tengan, declarando la situación de estos últimos como «situación personal a extinguir».

d) En todo caso, la elección del régimen de dedicación no exclusiva al sector público por parte de los facultativos especialistas, de los

médicos de equipos de atención primaria, de los facultativos especialistas Jefes de Servicio, Jefes de Sección, Jefes Clínicos y de los Directores de los equipos de atención primaria, conllevará la imposibilidad de percibir un complemento específico del 30 por 100 o superior.”

La posibilidad de opción por la dedicación no exclusiva, remitida al desarrollo reglamentario, ha sido complementada por el Decreto Foral 387/1992, de 23 de noviembre, que 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. Es conveniente reproducir los artículos 1, 2 y 3 de esta disposición reglamentaria, que dicen así:

“Artículo 1.º 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.

Art. 2.º 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.

Art. 3.º 1. El personal referido en el art. 1º que haya completado cinco años de servicios efectivos, que se encuentre en situación de servicio activo o de servicios especiales y que desee prestar sus servicios al sistema público de salud en régimen de dedicación no exclusiva, podrá solicitarlo mediante instancia al efecto que deberá dirigir al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

2. El Director de Recursos Humanos del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en el plazo de un mes dictará Resolución expresa en la que se resolverá sobre la aplicación del régimen de dedicación no exclusiva a los interesados, señalando, en su caso, la fecha de su efectividad.”

Por otra parte, la legislación foral regula explícitamente la contratación de personal en régimen administrativo. Así lo contemplan los artículos 3.c) y 3.4 y disposición adicional decimoséptima del TREP, que dedica un Capítulo al “personal contratado en régimen administrativo” (Capítulo I del Título IV,

artículos 88 a 93); regulación legal que tiene su complemento en los Reglamentos que la desarrollan. También la normativa específica del personal adscrito al SNS-O regula expresamente la contratación de personal en régimen administrativo (artículos 29 de la Ley Foral 11/1992 y 36 a 43 del Decreto Foral 347/1993).

El artículo 93 del TREP dispone que “el personal contratado en régimen administrativo se regirá por las disposiciones que se dicten reglamentariamente y por lo establecido en el correspondiente contrato”. En desarrollo de dicha previsión legal, los Reglamentos de desarrollo del mismo contienen diversos preceptos al respecto: así, los artículos 55 a 58 del Reglamento Provisional de Retribuciones (aprobado por Decreto Foral 158/1984, de 4 de julio); el artículo 40 del Reglamento de Ingreso (aprobado por Decreto Foral 113/1985, de 5 de junio); la disposición adicional del Reglamento de vacaciones licencias y permisos (aprobado por Decreto Foral 121/1985, de 19 de junio, si bien para los funcionarios de la Administración de la Comunidad Foral y sus organismos autónomos la reglamentación vigente se contiene en el Decreto Foral 348/2000, de 30 de octubre), la disposición transitoria segunda del Reglamento de Régimen Disciplinario (aprobado por Decreto Foral 117/1985, de 12 de junio); y el artículo 1 del Reglamento de elecciones a los órganos de representación de los funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra (aprobado por Decreto Foral 30/1995, de 13 de febrero).

En la actualidad, la contratación de personal en régimen administrativo en la Administración de la Comunidad Foral y sus organismos autónomos, está regulada específicamente en el Decreto Foral 1/2002, de 7 de enero, dictado en desarrollo del TREP, que deroga expresamente los artículos 36.1 y 43 del Decreto Foral 347/1993. El Decreto Foral 1/2002 establece los supuestos de contratación (artículo 2 a 8) y el régimen del personal contratado administrativo que se asimila al funcional en retribuciones con exclusión de las correspondientes a la condición del personal funcionario (artículo 11) y en condiciones de trabajo sin alterar la duración y condiciones de extinción del contrato (artículo 12). Se cierra con una cláusula de supletoriedad, en lo no previsto y en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, del régimen general previsto para el personal funcionario al

servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, excepción hecha de aquellas previsiones que sean inherentes a la condición de funcionario (artículo 14).

El Consejo de Navarra, en relación con el proyecto que dio lugar al citado Decreto Foral 1/2002, declaró que éste configura “un régimen administrativo asimilado –en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición- al funcional, que ha de entenderse adaptado a la peculiar naturaleza de la relación temporal que une al personal contratado en régimen administrativo con la Administración” (Dictamen 62/2001, de 19 de noviembre).

En consecuencia, procede verificar si, de acuerdo con esta normativa (LRJ-PAC y legislación general y específica del personal del SNS-O) de aplicación al caso, procede la revisión de oficio del acto aquí considerado.

II.3ª. Sobre el procedimiento de revisión de oficio

La consideración del procedimiento de revisión de oficio suscita, en el presente caso, dos aspectos: de un lado, la necesidad de proceder a la revisión del acto presunto o la pertinencia de este procedimiento de revisión, en atención a su objeto. Y, de otro, la tramitación desarrollada hasta la remisión del expediente a este Consejo.

En cuanto a la primera cuestión, el artículo 102.1 de la LRJ-PAC exige para la revisión de oficio de los actos administrativos nulos que éstos hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Y el artículo 62.1.f) de la misma Ley, que es la causa de nulidad aquí esgrimida, se refiere a los actos expresos o presuntos.

En el presente supuesto, como se ha expuesto en los antecedentes, el objeto de la revisión de oficio es un acto presunto, si bien con posterioridad la Administración dictó resolución expresa denegatoria de la solicitud, que ha sido objeto de impugnación por el interesado en vía administrativa, sin que el recurso haya sido resuelto expresamente. De ahí que el interesado haya considerado tácitamente estimado su recurso de alzada.

Por ello, es preciso verificar si se cumple el requisito de la existencia de

un acto administrativo susceptible de revisión de oficio para dar curso a este procedimiento; es decir, si se trata de un acto presunto estimatorio que haya puesto fin a la vía administrativa o que no haya sido recurrido en plazo.

Atendiendo a las circunstancias ya reseñadas del asunto, el interesado formuló petición de renuncia a la dedicación exclusiva, que ingresó en el registro del SNS-O el 17 de noviembre de 2004 y fue resuelta en sentido negativo por resolución de 23 de diciembre de 2004 notificada el 10 de enero de 2005, es decir, transcurrido el plazo de un mes para resolver previsto en el artículo 3.2 del Decreto Foral 387/1992. En consecuencia, de acuerdo con los artículos 43 y 44 de la LRJ-PAC y tal como han entendido el interesado y la propia Administración, se produjo la estimación de la petición por silencio administrativo positivo.

Estamos, pues, ante un acto administrativo presunto de carácter estimatorio, que la Administración no puede desconocer y sólo puede revisar, en su caso, a través de los mecanismos de revisión de oficio. En efecto, “la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto finalizador del procedimiento” (artículo 43.3, párrafo primero, de la LRJ-PAC); “en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo” [artículo 43.4.a) de la LRJ-PAC]; y, finalmente, “los actos administrativos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido” (artículo 43.5 de la LRJ-PAC).

No obstante, es precisa una breve consideración sobre la falta de resolución del recurso de alzada contra el acto expreso extemporáneo denegatorio de la solicitud al momento de iniciarse el procedimiento de revisión de oficio. Además del deber general de resolver en plazo que pesa sobre la Administración, la presunción de validez -distinta de la presunción de legalidad- y su eficacia inmediata salvo que se disponga otra cosa (artículo 57.1 de la LRJ-PAC) se quiebra mediante la anulación posterior.

Por ello, los principios de legalidad, de buena fe y de confianza legítima, establecidos expresamente como principios generales de actuación de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos públicos en el artículo 3.2 de la LFACFN, exigen y exigen la tramitación y resolución regladas del recurso de alzada interpuesto por el interesado contra la resolución denegatoria de la solicitud.

En cuanto a la tramitación, 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 es la inexcusable audiencia a los interesados. 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.

En el presente caso, ha de entenderse adecuadamente tramitado el procedimiento, ya que consta la iniciación por Orden Foral del procedimiento de revisión de oficio, se ha dado audiencia al interesado que formuló escrito de alegaciones, ha informado el Servicio de Régimen Jurídico del SNS-O, se ha formulado propuesta de resolución que contempla la declaración de nulidad de pleno derecho de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por don ..., en la que formula renuncia al régimen de dedicación exclusiva, por estimar que incurre en el supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, la competencia para resolver corresponde a la Consejera de Salud y se ha elevado el expediente a este Consejo. Por otra parte, en la resolución de consulta, se acordó, de acuerdo con el artículo 42.5 de la LRJ-PAC, la suspensión del plazo para resolver en tanto se emitiera informe por este Consejo de Navarra.

II.4ª. Improcedencia de la revisión de oficio

En cuando al fondo del asunto, la Administración propone, al amparo del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, la declaración de nulidad de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por don ..., en la que formula renuncia al régimen de dedicación exclusiva.

La propuesta de resolución, como se ha reseñado ampliamente en los antecedentes, considera que el citado acto presunto es nulo de pleno derecho, ya que a su través el interesado ha adquirido facultades careciendo de los requisitos esenciales. La opción por la dedicación no exclusiva está prevista en el Decreto Foral 387/1992 sólo para el personal funcionario, sin que sea aplicable al personal contratado administrativo que debe sujetarse a su contrato, que en este caso expresaba el desempeño de los servicios en régimen de dedicación exclusiva. Así pues, don ..., que no tenía la condición de funcionario, por ser personal contratado temporal en régimen administrativo, carecía de un requisito esencial para la atribución de la facultad de opción por el régimen de dedicación no exclusiva. Por tanto, el acto presunto por el que, en virtud de silencio positivo, renunció al régimen de dedicación exclusiva encaja en la causa de nulidad de la letra f) del artículo 62.1 de la LRJ-PAC, ya que se trata de un acto nulo de pleno derecho en cuanto atribuye un derecho para cuya adquisición el beneficiado carece de los requisitos esenciales, como es la condición de funcionario, exigidos por el Decreto Foral 387/1992.

En cambio, el interesado, como también se ha recogido de forma más extensa en los antecedentes, sostiene que no se da el supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, ya que el Decreto Foral 387/1992 no excluye al personal contratado temporal en régimen administrativo, como resulta de su adecuada interpretación y ha entendido el propio SNS-O a tenor de los precedentes acreditados. Considera que, por tanto, reúne los requisitos y, en todo caso, niega que se esté ante un supuesto de nulidad de pleno derecho.

Expuestas ambas posiciones, son precisas dos consideraciones preliminares antes de entrar en el fondo del asunto. De un lado, nuestro

análisis ha de ceñirse estrictamente al limitado marco de la revisión de oficio y de la nulidad de pleno derecho; y, de otro, el principio de congruencia y el carácter extraordinario de este procedimiento imponen que la ponderación de la procedencia de la revisión de oficio haya de ajustarse a los términos señalados en la propuesta de resolución y en las alegaciones del interesado.

Como tiene dicho este Consejo en anteriores ocasiones (dictámenes 6/2001 y 41/2002), la nulidad de pleno derecho se configura legalmente como el máximo grado de invalidez de los actos para aquellos casos de vulneración grave del ordenamiento jurídico, debiendo ser ponderada con criterios estrictos y de prudencia, dado su carácter excepcional, caso por caso. Así pues, la potestad de revisión de oficio de los actos propios tiene carácter excepcional y requiere, por ello, una ponderación estricta del vicio considerado.

La LRJ-PAC sanciona con la nulidad “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” [artículo 62.1.f)]. Para la concurrencia de esta concreta causa de nulidad, aducida en este caso, no basta la infracción del ordenamiento, sino que, además, es precisa la carencia de los requisitos esenciales para la adquisición de las facultades o derechos. Como ya declaramos en nuestro Dictamen 57/2005, de 1 de diciembre, en cuanto a 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, ha de partirse de la distinción entre requisitos necesarios y requisitos esenciales, ya que no todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de esenciales. El carácter esencial es un concepto jurídico indeterminado, pero determinable teniendo en cuenta las circunstancias de cada supuesto, referido a las condiciones relevantes e inexcusables, cuya falta impide la generación de la facultad o derecho; se refiere a una infracción cualificada, cuando el acto se funda en hechos o requisitos inexistentes o inadecuados para la adquisición de las facultades o derechos, es decir, cuando faltan los requisitos determinantes o sustanciales para el nacimiento mismo de la situación o derecho. Así pues, la falta de los requisitos esenciales sólo puede apreciarse en los casos extremos de

ausencia de un presupuesto inherente a la estructura misma del acto sin el cual éste carecería absolutamente de base.

En el presente caso, el nudo gordiano se ha centrado en si la condición de funcionario constituye o no requisito esencial a los efectos de aplicar el régimen de opción por la dedicación no exclusiva prevista para los facultativos en el artículo 10.4 de la Ley Foral 11/1992 y en el Decreto Foral 387/1992, que la desarrolla, por lo que, en su caso, la obtención de tal régimen por un contratado temporal en régimen administrativo sería nula de pleno derecho conforme al artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, por carecer del requisito esencial para la adquisición de tal derecho o facultad.

A juicio de este Consejo, no puede darse a la condición de funcionario el carácter de requisito esencial para la obtención del régimen de dedicación no exclusiva por las razones siguientes:

a) En primer lugar, es necesario precisar, de acuerdo con el transcrito artículo 1 de la Ley Foral 11/1992, que ésta se aplica tanto al personal funcionario como al estatutario.

b) En segundo lugar, desde una interpretación sistemática y finalista del ordenamiento jurídico considerando de forma integral todas las normas de aplicación, la cuestión ha de centrarse, más que en la interpretación única y separada del Decreto Foral 387/1992, en el régimen aplicable al personal contratado en régimen administrativo, dado el reenvío que realizan las normas aplicables a dicho personal. En efecto, la Ley Foral 11/1992 dispone su aplicación también al personal contratado administrativo (artículo 29.2), cuyo régimen se asimila al del personal funcionario, con la excepción de las condiciones inherentes a la condición de funcionario o inadecuadas a la naturaleza de la relación temporal y contractual del personal contratado administrativo, como resulta del Decreto Foral 1/2002. La opción por la dedicación no exclusiva no es necesariamente una condición inadecuada para su aplicación al personal contratado administrativo. Los contratos suscritos con el interesado remiten al régimen general de incompatibilidades de los funcionarios, con cita expresa de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, que prevé también el reconocimiento de la compatibilidad para el ejercicio de

actividades privadas (artículo 14).

c) En tercer lugar, el régimen de dedicación exclusiva y la opción por la no exclusividad se regulan legalmente en el ámbito de las retribuciones del personal adscrito al SNS-O, en concreto del complemento específico (artículo 10 de la Ley Foral 11/1992). Y tales retribuciones son aplicables también al personal contratado en régimen administrativo excluidas las retribuciones inherentes a la condición del personal funcionario, como son el premio de antigüedad, el grado y la ayuda familiar (artículo 11 del Decreto Foral 1/2002); excepción no aplicable al concepto retributivo allí regulado.

d) En cuarto lugar, así lo ha entendido el propio organismo autónomo promotor del procedimiento, que aplicó en distintos supuestos el Decreto Foral 387/1992 a facultativos no funcionarios, es decir, a personal contratado administrativo. No basta, en el ámbito de la nulidad de pleno derecho, para rechazar tales precedentes aludir al juego del principio de igualdad dentro de la legalidad, ya que aquí lo que habría de acreditarse por la Administración es que estamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, y no de anulabilidad, y en particular ante la específica causa del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC.

No obsta a la anterior conclusión negativa el aducido criterio de la Sentencia número 201/2004, de 30 de noviembre de 2004, del Juzgado de lo Contencioso número 1 de Pamplona, ya que son apreciables sus diferencias con el presente caso, tanto en el supuesto de hecho como en el carácter excepcional y limitado de la revisión de oficio y de la nulidad de pleno derecho. Y tampoco puede ser enervada con base en el principio "pacta sunt servanda", cuya hipotética infracción no entraña el supuesto de nulidad de pleno derecho aquí considerado.

En consecuencia, el interesado es personal contratado administrativo adscrito al SNS-O, le es aplicable la Ley Foral 11/1992 y el régimen general de incompatibilidades de los funcionarios y está en activo, por lo que no puede considerarse que carezca de los presupuestos esenciales para ejercitar la opción por la dedicación no exclusiva. Una solución distinta supondría dotar de efectos expansivos a una facultad excepcional y estricta

como es la revisión de oficio.

Por consiguiente, el acto presunto considerado no incurre en la nulidad de pleno derecho de la letra f) del apartado 1 del artículo 62 de la LRJ-PAC, ya que no se aprecia la carencia de requisitos esenciales para la adquisición de la facultad por parte del interesado, por lo que ha de informarse desfavorablemente la revisión de oficio propuesta.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que no procede la declaración de oficio de la nulidad del acto presunto de estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por don ... con fecha 17 de noviembre de 2004, en la que formula renuncia al régimen de dedicación exclusiva.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.