

Expediente: 21/2008

Objeto: Revisión de oficio del acto presunto estimatorio de solicitud de reubicación formulada por funcionario del Ayuntamiento de Barañain.

Dictamen: 23/2008, de 16 de junio

DICTAMEN

En Pamplona, a 16 de junio de 2008,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Enrique Rubio Torrano, Presidente, don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario, y los Consejeros, don Julio Muerza Esparza, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don Alfonso Zuazu Moneo,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Solicitud y tramitación de la consulta

El Presidente del Gobierno de Navarra, mediante escrito que tuvo entrada en este Consejo de Navarra el 24 de abril de 2008, traslada, conforme a lo dispuesto en el artículo 19.3, en relación 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), la solicitud de dictamen preceptivo de este Consejo formulada por el Ayuntamiento de Barañain, relacionada con la revisión de oficio del acto presunto estimatorio de la solicitud de reubicación formulada por don ..., funcionario municipal.

A la petición de dictamen el Ayuntamiento solicitante acompaña acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 14 de abril de 2008, proponiendo la revisión de oficio del acto presunto así como copia del expediente administrativo tramitado al efecto.

I.2ª. Antecedentes de hecho

De la documentación remitida a este Consejo resultan los siguientes hechos relevantes para la resolución de la cuestión planteada:

Primero. El Juzgado de lo Social número 1 de los de Navarra, mediante sentencia de 17 de febrero de 2006, declaró a don ... en situación de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual de agente de la Policía Municipal, cargo que desempeñaba, como funcionario, en el Ayuntamiento de Barañain.

Segundo. Don ..., por escrito de 16 de julio de 2007, solicitó del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Barañain “la reubicación laboral tal y como se recoge en el Convenio entre los funcionarios y el Ayuntamiento, pero antes solicito un reconocimiento médico para tener en cuenta antes de la reubicación mis limitaciones físicas por la incapacidad parcial como psíquicas por la total para que el puesto de trabajo se adapte a estas limitaciones”.

Tercero. El día 17 de julio de 2007, tuvo entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Barañain una comunicación de la Dirección Provincial en Navarra del Instituto Nacional de la Seguridad Social por la que se informaba haber recaído resolución por la que se reconocía a don ..., policía municipal, con efectos económicos de 3 de julio de 2007, “la prestación de incapacidad permanente en el grado de TOTAL”.

Cuarto. Don ... presentó en el Área de Personal del Ayuntamiento de Barañain un escrito, fechado el 7 de septiembre de 2007, en el que, después de exponer que “hasta haberme reconocido la Seguridad Social una incapacidad total para la profesión de Policía Municipal, en este Ayuntamiento prestaba mis servicios como tal. Que en aplicación del Convenio entre los trabajadores y el Ayuntamiento solicito una reubicación laboral compatible con mi capacidad residual”, solicitaba “que dicha reubicación sea por el 50% de la jornada percibiendo el 50% del total del salario que percibía como policía municipal”. El mismo Sr. ... por escrito de 12 de septiembre de 2007, es decir de 5 días más tarde del anterior, con

base en análoga exposición, solicitaba ahora “la reincorporación y reubicación laboral con un 100% de jornada, aparejado un sueldo objetivo del 100% de mi antigua profesión, asimismo en este documento solicito según el convenio una reducción de jornada del 50%”.

Quinto. El Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Barañain, atendiendo lo dictaminado por la Comisión informativa de Hacienda, Asuntos Generales y Protección Ciudadana, en reunión, celebrada el día 19 de octubre de 2007, solicitó, mediante escritos todos ellos de 23 de octubre de 2007, sendos informes de la Federación Navarra de Municipios y Concejos y de los Departamentos de Administración Local y de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra sobre los siguientes extremos:

“-Que se informe si, en base a la Legislación vigente aplicable a los funcionarios policiales al servicio de las Administraciones locales de Navarra, y sin tener en cuenta las condiciones pactadas por el Ayuntamiento de Barañain en este supuesto concreto, tendría o no este Ayuntamiento potestad jurídica para resolver la relación contractual con dicho funcionario, conforme a Derecho, por causa de su situación invalidante ya reconocida administrativamente.

-Que se informe si, en base a la Legislación vigente aplicable a los funcionarios policiales al servicio de las Administraciones locales de Navarra, y teniendo en cuenta las condiciones pactadas precedentemente reseñadas, tendría o no este Ayuntamiento potestad jurídica para resolver la relación contractual con dicho funcionario, conforme a Derecho, por causa de su situación invalidante ya reconocida administrativamente.”

Dichas solicitudes fueron contestadas: 1) por la Federación Navarra de Municipios y Concejos mediante la emisión de informe conforme a lo solicitado; 2) por el Departamento de Administración Local devolviendo la solicitud “por considerar que, según se desprende del contenido material de las cuestiones planteadas y del contenido del antecedente 4º de la solicitud, la resolución de la misma no corresponde al Departamento de Administración Local, sino al Departamento de Presidencia, Justicia e

Interior” a quien –se dice en el escrito- deberían remitir la solicitud, así como adjuntar al mismo el informe de la Secretaría “según se desprende del artículo 234.1 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra”; y 3) no consta entre la documentación integrante del expediente administrativo ningún informe emitido por el Departamento de Presidencia, Justicia e Interior.

Sexto. Don ..., por escrito de 26 de noviembre de 2007, solicitó “el pago de la nómina correspondiente durante el tiempo en que el Ayuntamiento tenía para reubicarme (3 meses) con efecto retroactivo, devolviendo el importe con horas de trabajo cuando me incorpore, según marca el Convenio colectivo vigente”. El día 30 de noviembre de 2007, es decir 4 días después de la fecha de la solicitud, el Defensor del Pueblo de Navarra remitió una comunicación al Alcalde de Barañain (sic) en la que le transmite haber tenido entrada en dicha Institución escrito, de fecha 27 de noviembre de 2007, presentado por don ... formulando queja por falta de respuesta por parte del citado Ayuntamiento a “su solicitud de reubicación o recolocación en un puesto de trabajo compatible con su capacidad”. Se exponen a continuación en el escrito en cuestión las razones aducidas por el peticionario para terminar solicitando, de conformidad con lo establecido en la Ley Foral 4/2000, de 3 de julio, reguladora de la Institución, la remisión, en el plazo de quince días hábiles, de informe sobre la cuestión planteada en la queja.

Séptimo. El día 17 de enero de 2008, tiene entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Barañain, con el número 385, un informe emitido por la Federación Navarra de Municipios y Concejos, a solicitud del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Barañain, acerca de la posibilidad de resolver la relación contractual de un funcionario policial por causa de su situación invalidante.

En el citado informe se concluye que “la declaración firme de incapacidad permanente total de un funcionario determina la extinción de la relación de servicio y el devengo de las prestaciones propias del régimen de derecho pasivos que le corresponda”. Para el informante no obsta a la

anterior conclusión la existencia de un “derecho a la recolocación” recogido en el Convenio o Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal funcionario del Ayuntamiento de Barañain, toda vez que dicho convenio resulta ilegal al contradecir en este punto el vigente régimen legal de incompatibilidades, más en concreto se señala el artículo 3.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, en cuanto preceptúa que el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público es incompatible con la percepción de la pensión de jubilación o retiro por derechos pasivos o por cualquier régimen de la Seguridad Social público y obligatorio. En fin, entiende el informe que “dentro de los conceptos de jubilación o retiro ha de incluirse la declaración de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados”.

Octavo. El mismo día, con el número 398, entró en el mismo Registro municipal un escrito del Defensor del Pueblo de Navarra, de fecha 15 de enero de 2008, dirigido al Alcalde de Barañain. En él le recuerda su solicitud de información relacionada con la queja de don ... instada por escrito de 30 de noviembre de 2007; que al no haberla recibido se ve en la necesidad de tener que reiterarla, recordándole al propio tiempo, “el deber de las autoridades y funcionarios de prestar, con carácter preferente y urgente, colaboración y ayuda a la citada Institución”, concediéndole un segundo y último plazo para la remisión de la información y documentación solicitada, con la advertencia de que, en otro caso, procedería a pronunciarse sobre la cuestión “a partir de los hechos que le constan a la institución, dando, en su caso, como acreditados, a falta de prueba en contrario, los alegados en la queja presentada”. Termina su escrito el Defensor del Pueblo de Navarra advirtiéndole que “al margen de las responsabilidades en que se pueda estar incurriendo como consecuencia de esa falta de colaboración, la citada Ley Foral 4/2000 contempla la posibilidad de hacer público el nombre de las personas, así como de los departamentos, organismos o entidades, que obstaculicen el ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo de Navarra, y de destacar esa actitud en el informe que presente al Parlamento de Navarra.”

Noveno. El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Barañain, por escrito de fecha 29 de enero de 2008 que tuvo entrada en el Registro de Entrada del Defensor del Pueblo al día siguiente, remitió a éste contestación al suyo de 15 de enero de 2008. El escrito contiene un amplio relato de los antecedentes relacionados con la “solicitud” de reubicación formulada por el funcionario don ..., que completa con las siguientes precisiones: 1) que la tramitación del expediente ha sido impulsada teniendo en cuenta lo dispuesto en las condiciones de empleo pactadas entre el Ayuntamiento y sus funcionarios para el período 2003-2007; 2) que “la competencia para la resolución del mismo varía en función de que pudiera ser estimatoria, ya que entonces precisaba la modificación de la plantilla para la creación de la plaza por lo que correspondería al Pleno del Ayuntamiento, o bien desestimatoria, ya que tendría facultades para ello la Junta de Gobierno Local”; 3) que “de la resolución que se adopte se derivan numerosas e importantes consecuencias: no sólo respecto de los legítimos intereses particulares de D. ..., sino también para el interés general, ya que implica la creación de una nueva plaza –no necesaria-, con un significativo desembolso económico, por lo que se ha tramitado el expediente con la exigible prudencia, escuchando a los representantes sindicales e informando a todos los grupos municipales”; y 4) que, en todo caso, se ha procedido a facilitar al interesado cuanta información ha solicitado sobre el estado de tramitación del expediente.

Se une al escrito como anexo copia del informe emitido por la Federación Navarra de Municipios y Concejos.

Décimo. La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 4 de febrero de 2008, “atendido el artículo 23 del acuerdo de Condiciones de Empleo entre el Ayuntamiento de Barañain y su personal funcionario y resultando (sic) informes jurídicos emitidos por la Federación Navarra de Municipios y Concejos y por el Director de Recursos Humanos en fechas 10 y 31 de enero de 2008, respectivamente, que se incorporarán al presente acuerdo como motivación del mismo ...”, acordó desestimar la solicitud de reubicación formulada por D. ... en fecha 12 de septiembre de 2007 así como la solicitud de abono de cantidades instada en fecha 26/11/2007, cuya petición viene motivada por la declaración de incapacidad total para el

puesto de Policía Municipal, notificar el acuerdo a don ... y a la Junta de Personal y trasladar el mismo a Intervención y a Recursos Humanos a los efectos oportunos.

Obran en el expediente las notificaciones del acuerdo a don ... y a las Áreas municipales de Recursos Humanos y de Intervención.

En las respectivas notificaciones se hacen constar los recursos que contra el citado acuerdo cabe interponer de acuerdo con la normativa aplicable, sin que conste en el expediente haya sido interpuesto ninguno.

Undécimo. El día 25 de febrero de 2008, tuvo entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Barañain Resolución 17/2008, de 20 de febrero, del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra, por la que se resuelve la queja formulada por don La parte dispositiva de la misma es del tenor literal siguiente:

“1º. Entender que, a criterio de esta Institución, no se ha respetado el derecho del promotor de la queja a una respuesta expresa y en plazo de la Administración.

2º. Recomendar al Ayuntamiento de Barañain que proceda a dejar sin efecto el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 4 de febrero de 2008.

3º. Recomendar al Ayuntamiento de Barañain que ejecute el acto presunto, estimatorio de la demanda del promotor de la queja, o, en su caso, proceda a su revisión de oficio por los cauces establecidos en la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (sic), según entienda su condición de nulo o anulable.

4º. Conceder un plazo de dos meses al Ayuntamiento de Barañain para que informe sobre la aceptación de estas Recomendaciones y de las medidas a adoptar al respecto o, en su caso, de las razones que estime oportunas para no aceptarlas, con la advertencia de que de no hacerlo así, incluiremos el caso en el informe anual al Parlamento de

Navarra en los términos de apartado segundo del artículo 34 de la Ley Foral 4/2000, de 3 de julio.

5º. Notificar la presente resolución a don ... y al Ayuntamiento de Barañain, señalando que de conformidad con el artículo 35.4 de la Ley Foral 4/2000, de 3 de julio, del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra, contra esta decisión no cabe interponer recurso alguno.”

Duodécimo. La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 3 de marzo de 2008, adoptó acuerdo con los siguientes pronunciamientos:

“Primero.- Incoar el procedimiento de revisión de oficio del acto presunto estimatorio de la solicitud de reubicación formulada por D. ... en fecha 12 de septiembre de 2007, motivando tal incoación en la posible nulidad de pleno derecho del acto presunto referido.

Segundo.- Solicitar a Secretaría Municipal la emisión de informe jurídico referente a la posible nulidad del acto presunto identificativo en el resolutivo anterior, que sirva de base a la emisión de la correspondiente propuesta de Resolución para su elevación al órgano competente.

Tercero.- Dejar sin efecto el acuerdo de Junta de Gobierno Local de fecha 4 de febrero de 2008, por el que se desestima la solicitud de reubicación formulada por D. ... en fecha 12 de septiembre de 2007 así como la solicitud de abono de cantidades instada en fecha 26 de noviembre de 2007, cuya petición viene motivada por la declaración de incapacidad total para el puesto de policía municipal.

Cuarto.- Disponer, ex artículo 104 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la suspensión de la ejecución del acto presunto estimatorio de la solicitud del interesado, al objeto de evitar los perjuicios que de su ejecución pudieran derivarse, en tanto en cuanto no se proceda a la resolución final del presente expediente.

Quinto.- Notificar el presente acuerdo a D. ... y a la Junta de Personal del Ayuntamiento de Barañain, confiriendo a dichos interesados un plazo de audiencia de 15 días hábiles al objeto de que por los mismos se formulen, si así interesa, las alegaciones que a su derecho convengan.

Sexto.- Notificar el presente acuerdo al Defensor del Pueblo de Navarra y dar traslado del mismo a las áreas municipales de Secretaría y Recursos Humanos e incorporarlo al Expediente a los efectos oportunos.”

Obran en el expediente remitido los justificantes de las notificaciones del acuerdo a don ..., Junta de Personal del Ayuntamiento de Barañain y Defensor del Pueblo de Navarra, así como a las áreas municipales de Recursos Humanos y Secretaría. En todas ellas se hace constar que contra el citado acuerdo no cabe recurso alguno por tratarse de un acto de trámite no susceptible de impugnación, pudiendo formularse alegaciones para su consideración en la resolución o acuerdo que ponga fin al procedimiento. No consta en el expediente que fueran formuladas alegaciones.

Decimotercero. La Secretaria del Ayuntamiento de Barañain, atendiendo solicitud formulada por la Junta de Gobierno Local por el repetido acuerdo de 3 de marzo de 2008, emitió, con fecha 12 de los mismos mes y año, informe jurídico sobre la incoación del procedimiento de revisión de oficio del acto presunto estimatorio de la solicitud de reubicación formulada por don En consideración a dicho informe, la Junta de Gobierno Local, en sesión de 14 de abril de 2008, acordó: 1º proponer la revisión de oficio del acto presunto estimatorio de la solicitud formulada por don ...; 2º Solicitar al Consejo de Navarra la emisión del preceptivo dictamen; 3º Reiterar la suspensión de la ejecución del acto presunto; 4º disponer, ex artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC, la suspensión del plazo máximo legal para resolver y notificar durante el tiempo que medie entre la solicitud del informe y la recepción del mismo, indicando que serán notificados ambos extremos a los interesados y sin que dicha suspensión pueda exceder en ningún caso de tres meses; 5º notificar el acuerdo al Presidente del Gobierno de Navarra

adjuntando como anexo una copia diligenciada del expediente administrativo para su remisión al Consejo de Navarra y 6º dar cuenta del acuerdo a las áreas municipales de Intervención y Recursos Humanos e incorporarlo al expediente a los efectos oportunos.

Intentada la notificación del Acuerdo en cuestión, el día 17 de abril de 2008 (18,45 horas), en el domicilio de don ..., éste la recibe sin devolver el acuse de recibo. En fecha 18 de abril de 2008 (8,30 h) se le requiere nuevamente la devolución del acuse de recibo negándose a ello expresamente. Así se hace constar por el notificador en diligencia que extiende en Barañain el 18 de abril de 2008 que obra en el expediente.

Obran en el expediente documentos acreditativos de haberse intentado de diversas formas la notificación del acuerdo a don ..., entre otras mediante la publicación del correspondiente edicto en el Ayuntamiento de Barañain.

Obran igualmente en el expediente los justificantes de la notificación del acuerdo a las áreas de Recursos Humanos e Intervención así como a la Junta de Personal del Ayuntamiento de Barañain.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

La presente consulta, formulada por el Ayuntamiento de Barañain a través del Presidente del Gobierno de Navarra, somete a dictamen de este Consejo la revisión de oficio del acto presunto estimatorio de la solicitud de reubicación formulada por don ..., funcionario municipal.

El artículo 16.1.i) de la LFCN, en su actual redacción, establece que el Consejo de Navarra deberá ser consultado preceptivamente en los siguientes asuntos: “expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Foral en los que la ley exija preceptivamente el dictamen de un organismo consultivo, que se refieran, entre otras, a las siguientes materias”... revisión de oficio de los actos administrativos”. Sin embargo, el citado artículo 16.1.i) se refiere exclusivamente a los expedientes “tramitados por la Administración de la Comunidad Foral”, no conteniéndose mención

alguna en este precepto a las entidades locales, por lo que la competencia de este Consejo ha de encontrarse en otro precepto de la LFCN.

El mismo artículo 16.1 de la LFCN termina –letra j)- con una cláusula residual o de cierre, a cuyo tenor el Consejo de Navarra debe ser consultado preceptivamente en “cualquier otro asunto en que la legislación establezca la exigencia de informe preceptivo del Consejo de Navarra”. Criterio atributivo que se reitera, precisamente para los entes locales, en el artículo 19.3 LFCN al señalar el modo en que han de recabar dictamen a este Consejo “en los supuestos previstos como preceptivos en la legislación vigente”.

Conforme a tal remisión, ha de acudir, por tanto, a la legislación de aplicación para verificar si los entes locales precisan del dictamen de este Consejo para la revisión de oficio de sus actos. Cuestión pacífica en la actualidad, que viene regulada 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 (en adelante, LRJ-PAC) –en la redacción dada por la Ley 4/1999-. En efecto, dicho precepto legal dispone en su apartado 1 que “las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del 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”.

A la vista de los citados preceptos resulta evidente, por tratarse de una revisión de oficio de un acto administrativo (presunto), el carácter preceptivo del dictamen de este Consejo.

II.2ª. El marco jurídico de aplicación

La presente consulta versa sobre la revisión de oficio por parte del Ayuntamiento de Barañain de un acto administrativo (presunto) estimatorio de la solicitud de reubicación en puesto de trabajo formulada por un funcionario que prestaba sus servicios en el Cuerpo de Policía Local.

Tratándose de un asunto relacionado con un funcionario público adscrito a un Cuerpo de Policía Local es preciso señalar: 1) Que corresponde a Navarra, en virtud de su régimen foral, la competencia exclusiva sobre, entre otras materias, “el régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral, respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos” (artículo 49.1.b) de la Ley Orgánica 13/1983, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, en adelante, LORAFNA); y 2) que corresponde a Navarra la regulación del Régimen de la Policía Foral, que, bajo el mando supremo de la Diputación Foral, continuará ejerciendo las funciones que actualmente ostenta, correspondiendo igualmente a la Comunidad Foral la coordinación de las Policías Locales de Navarra, sin detrimento de su dependencia de las respectivas autoridades municipales o concejiles (artículo 51.1 de la LORAFNA).

La regulación sustantiva aplicable al asunto analizado, la constituye, por tanto, 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, la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de 30 de agosto, de Policías de Navarra. Por su parte, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, establece el régimen de incompatibilidades del Personal de las Administraciones Públicas, incluyendo en su ámbito de aplicación, entre otras, al personal al servicio de las Corporaciones Locales y de los Organismos de ella dependientes.

Respecto a la legislación aplicable al procedimiento de revisión de oficio, la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de Administración Local de Navarra remite, en cuanto a competencias, potestades y prerrogativas de los municipios de Navarra a las que la legislación general reconoce a todos los del Estado (artículo 29 párrafo primero); añadiendo que aquéllas tendrán asimismo las competencias que, en materias que correspondan a Navarra, les atribuyan las leyes de la Comunidad Foral (artículo 29, párrafo segundo).

La Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, aplicable en Navarra conforme a su disposición adicional tercera, en lo que no se oponga al régimen que para su Administración Local establece el artículo 46 de la LORAFNA, atribuye a los municipios la potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos (artículo 4.1.g)). La misma Ley, en su artículo 53, dispone que “las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la Legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”. Dichos preceptos legales se reiteran en los artículos 4.1.g) y 218, respectivamente, del Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Esta remisión a la legislación estatal del procedimiento administrativo común ha de entenderse realizada a la LRJ-PAC, y en particular en este caso a su artículo 102.1 que apodera a los municipios –en cuanto Administraciones Públicas- para la revisión de oficio de sus actos en los supuestos de nulidad previstos en su artículo 62.1.

En consecuencia, tratándose de la declaración de oficio por causa de nulidad de un acto administrativo (presunto), la normativa de aplicación, en cuanto al procedimiento, está constituida por el artículo 102 de la LRJ-PAC – en la redacción dada a la misma por la Ley 4/1999- que exige el preceptivo dictamen favorable de este Consejo, en relación con el artículo 62.1 (nulidad de pleno derecho) de la misma LRJ-PAC.

II.3ª. Sobre la instrucción del procedimiento de revisión de oficio

La revisión de oficio de actos nulos está regulada en el artículo 102 de la LRJ-PAC, que, en la redacción dada por la Ley 4/1999, a diferencia de la versión anterior (antiguo artículo 102.2), no prevé expresamente la instrucción y resolución del procedimiento de acuerdo con las disposiciones del Título VI de dicha Ley. No obstante, tanto de dicho precepto legal como de otros de la misma LRJ-PAC, tratándose de un procedimiento iniciado de oficio, se derivan algunas exigencias procedimentales específicas, como son la inexcusable audiencia al interesado (artículo 84) y la obligada resolución

del procedimiento en el plazo de tres meses legalmente establecido al efecto (artículo 102.5, en la redacción dada por la Ley 4/1999), que podrá suspenderse por acuerdo al efecto en los términos prevenidos en el artículo 42.5.c) de la propia LRJ-PAC. Además, es preciso 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).

En el presente caso ha de entenderse adecuadamente tramitado el procedimiento, ya que su iniciación fue acordada por acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 3 de marzo de 2008, del que se concedió audiencia a los interesados en el mismo, entre ellos a don ..., que no formularon alegación alguna. El mismo órgano de gobierno municipal, en sesión de 14 de abril de 2008, acordó aprobar la propuesta de resolución, así como, solicitar la emisión del dictamen preceptivo por este Consejo, y disponer, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.5.c) 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), la suspensión del plazo máximo para resolver hasta la emisión del reseñado dictamen, indicando que serán notificados a los interesados ambos extremos, sin que dicha suspensión pueda exceder en ningún caso de tres meses. Constan, además, en el expediente los documentos acreditativos de haberse procedido a las citadas notificaciones, excepción hecha de la dirigida a don ..., el que, habiéndola recibido se negó, reiteradamente, a entregar el acuse de recibo, como consta en el expediente, razón por la que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 59.4 de la LRJ-PAC, ha de tenerse por efectuada la notificación siguiéndose el procedimiento.

II.4ª. Improcedencia de la revisión de oficio

El Ayuntamiento de Barañain pretende, al amparo de lo dispuesto en el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, la declaración de nulidad del acto administrativo (presunto) estimatorio de la solicitud de reubicación formulada por el funcionario don

En la propuesta de resolución que ha sido trasladada a este Consejo se apoya la procedencia de revisión en que el acto presunto “contraviene las determinaciones contenidas en el artículo 3.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, puesto que el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público es incompatible con la percepción de la pensión de jubilación o retiro por derechos pasivos o por cualquier régimen de la seguridad social pública y obligatoria ...”.

Para un adecuado análisis de la cuestión debatida resulta conveniente, a juicio de este Consejo, hacer una breve exposición de los distintos sistemas de derechos pasivos de los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra vigentes en la actualidad.

Los derechos pasivos de los funcionarios de la Diputación Foral de Navarra ingresados en la misma con anterioridad al 1 de enero de 1992, se rigen por el Reglamento de Jubilaciones y Pensiones de la Diputación Foral, aprobado por acuerdo de la Diputación Foral de 10 de marzo de 1931 (Ley Foral 9/1992, de 23 de junio, de Presupuestos Generales de Navarra para 1992). Por su parte, los derechos pasivos de los funcionarios municipales de Navarra, con excepción de los de Pamplona, Tafalla y Tudela, que cuentan con sus propios Montepíos, se rigen por el Reglamento de derechos pasivos de los funcionarios municipales de Navarra (Ley Foral 13/1993, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para 1994).

A partir de la vigencia de las citadas leyes forales los funcionarios de nuevo ingreso en las Administraciones Públicas de Navarra son dados de alta y, en su caso, afiliados al Régimen General de la Seguridad Social. Idéntico pronunciamiento se recoge respecto del Personal del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea en el artículo 30 de la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre.

Finalmente, 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, concede a los funcionarios sujetos a los Montepíos de las Administraciones Públicas de

Navarra el derecho a optar por continuar en el anterior sistema, siéndoles de aplicación, en otro caso, las disposiciones de aquélla.

Expuesto brevemente el principal marco normativo regulador de los derechos pasivos de los funcionarios en el territorio foral, debemos recordar que el Ayuntamiento ha propuesto, con invocación del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, la declaración de nulidad del acto administrativo (presunto) estimatorio de la solicitud de reubicación formulada por el funcionario don ...

La propuesta de resolución, como se ha reseñado ampliamente en los antecedentes, apoyándose expresamente en el informe jurídico emitido por la Federación Navarra de Municipios y Concejos, considera que el citado acto presunto es nulo de pleno derecho puesto que el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público es incompatible con la percepción de la pensión de jubilación o retiro por derechos pasivos o por cualquier régimen de la seguridad social pública y obligatoria, además de que la recolocación únicamente puede plantearse con carácter previo a la declaración de incapacidad y al devengo de la pensión correspondiente y, en todo caso, supeditado a la existencia de vacante.

Una vez conocidos los motivos que llevan al Ayuntamiento de Barañain a postular la declaración de nulidad del acto presunto estimatorio al amparo de la causa prevista en el artículo 62.1.f) LRJ-PAC, debemos nosotros recordar, como ya hicimos en nuestro dictamen 6/2006, de 16 de febrero, que nuestro análisis ha de ceñirse estrictamente al limitado marco de la revisión de oficio y de la nulidad de pleno derecho; así como que 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.

El artículo 84 del Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, que aprueba el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, reconoce la posibilidad de que las Administraciones Públicas alcancen pactos y acuerdos sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, que deberán celebrarse sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del

órgano administrativo que los suscriba y que vincularán directamente a las partes.

Sin perjuicio de ese carácter vinculante, los tribunales han establecido que “del carácter normativo del convenio colectivo deriva su sometimiento a las normas de rango superior dentro del cuadro de las fuentes del Derecho” (sentencia del Tribunal Constitucional 177/1988, de 10 de octubre), precisando que “la norma paccionada ha de sujetarse al derecho necesario establecido por la ley, de rango superior en la jerarquía normativa” (sentencia del mismo Tribunal 58/1985, de 30 de abril); toda vez que “la primacía de la ley sobre el convenio deriva de la sumisión de éste a lo dispuesto con carácter necesario por aquélla” (sentencia del mismo Tribunal 210/1990, de 20 de octubre). En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de marzo de 1998, en la que señala, con remisión a la sentencia del Tribunal Constitucional 58/1985, antes citada, que “la limitación de la autonomía colectiva del sector público nace de la unidad del ordenamiento jurídico que supone, entre otras consecuencias, el respeto por la norma pactada de derecho necesario establecido por la ley, que en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente de forma excepcional, reservarse para sí determinadas materias que quedan por tanto excluidas de la negociación colectiva”.

Como compendia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de 4 de octubre de 2004, “hay que dejar sentado que los derechos reconocidos por las Leyes a los funcionarios públicos, no tienen, como sí sucede en el caso de los trabajadores (utilizando este término en sentido jurídico estricto), carácter de «mínimos mejorables», sino de condiciones legales o reglamentarias fijas (reforzadas muchas ocasiones por el carácter básico de la normativa) no alterables por medio de la negociación colectiva, sin perjuicio de que legalmente pueda establecerse la necesidad de la misma como requisito previo a la elaboración de las disposiciones de rango legal o reglamentario (según los casos) que regulen estas cuestiones”, ya que “como recuerda la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su [Sentencia de 14 de febrero de 1992](#), en recurso de casación para unificación

de doctrina, «en el ámbito estatutario de este personal, del que forma parte dicha negociación colectiva, impera fundamentalmente el principio de reserva de Ley como proclama el art. 103.3 de la [Constitución](#), debiéndose recordar que el preámbulo de la [Ley 9/1987 de 1 de junio](#) cita a este art. 102-3 como base amparadora de sus disposiciones (y no al art. 37 Constitución Española)».

Surge, por tanto, la cuestión de si efectivamente el Acuerdo sobre condiciones de empleo viene a reconocer a sus funcionarios la posibilidad de una “recolocación” que contradice patentemente normas de superior rango, singularmente en el particular referido, según la propuesta de resolución, al régimen jurídico que disciplina las incompatibilidades de los funcionarios públicos.

En relación con la eventual incompatibilidad del cobro de una pensión de jubilación con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, que es el derecho que habría obtenido don ... por silencio administrativo positivo en aplicación del Acuerdo de condiciones de empleo ya citado, el criterio mantenido por el ordenamiento jurídico navarro es sustancialmente análogo al establecido en el artículo 3.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidad del Personal de las Administraciones Públicas, invocado expresamente en la propuesta de resolución.

Ciñéndonos a la Administración Local de Navarra, por tratarse de la actuación de una entidad local navarra, el Reglamento de Derechos Pasivos de los funcionarios municipales, aprobado por el extinto Consejo Foral Administrativo con fecha 31 de mayo de 1947, establece, en su artículo 15, la incompatibilidad del disfrute simultáneo de la jubilación o pensión del Montepío “con cualquiera otro (disfrute) que se pague con fondos del Estado, Provincia o Municipio, salvo las especiales que se conceden por actos también especiales a personas determinadas”. En este mismo sentido, pero en otro orden de cosas, el Reglamento para la Administración Municipal de Navarra, aprobado por el ya citado Consejo Foral Administrativo, con fecha 3 de febrero de 1928, y vigente hasta el 1º de octubre de 1990, en que fue derogado por la Ley 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de

Navarra, establecía con referencia al cargo de Secretario de Ayuntamiento su incompatibilidad con todo empleo retribuido del Estado, de la Diputación o del Municipio.

Ahora, la ya repetida Ley Foral 10/2003, de 5 de marzo, aunque no le sea aplicable al interesado, don ..., por haber ingresado como funcionario con posterioridad al 1 de enero de 1992, prescribe en su artículo 49.3 que “los funcionarios que sean considerados incapacitados para su profesión habitual tendrán derecho a optar entre la jubilación por incapacidad o la recolocación en otro puesto de trabajo del mismo nivel, con mantenimiento íntegro, en este último caso, de las retribuciones propia del puesto de trabajo para cuyo desempeño han sido considerados incapacitados. Cuando el funcionario opte por la recolocación la Administración Pública respectiva de la Comunidad Foral de Navarra deberá instruir el procedimiento correspondiente y en el supuesto de que no existan vacantes idóneas para ello, procederá a su jubilación, asegurándole en ese caso la pensión prevista en el apartado anterior”. Es decir que la reubicación (recolocación) se prevé como una alternativa a la jubilación por incapacidad total, sin que, por consiguiente, puedan compatibilizarse la jubilación y el desempeño, aunque sea a tiempo parcial, de un puesto de trabajo.

Finalmente, la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de Policías de Navarra, aplicable a don ... por tratarse de un funcionario perteneciente al Cuerpo de Policía Local de Barañain, determina, en su artículo 47, que “la segunda actividad tiene por objeto garantizar la eficacia en el servicio de los integrantes en activo de los cuerpos de Policía de Navarra y permitir la adaptación de la carrera profesional a los cambios que se producen por el transcurso del tiempo o por disminución sobrevenida de las condiciones físicas o psíquicas (apartado 1). Por razón de la edad, que en ningún caso podrá ser inferior a cincuenta y cinco años, o por disminución de las condiciones físicas o psíquicas, los miembros de los Cuerpos de Policía de Navarra podrán ser destinados, antes de llegar a la jubilación, previa solicitud del interesado o de oficio, a prestar servicios de segunda actividad.” (apartado 2). Por tanto, del contenido del citado precepto se deduce, a juicio de este Consejo, que esa segunda actividad (reubicación) se contempla

respecto de los funcionarios en activo sin que se extienda la previsión legal a los supuestos en que se haya ya declarado una previa situación de incapacidad permanente total.

En todo caso, como se ha dicho, el supuesto contemplado se refiere a un funcionario acogido no ya al régimen de pasivos de los Montepíos municipales, ni tampoco a la más reciente Ley Foral 10/2003, sino al más general régimen de la Seguridad Social en el que se le ha declarado en situación de invalidez y quien le ha otorgado el derecho a la correspondiente pensión.

Por tanto, queda por ver si ciertamente, como se hace en la propuesta de resolución, puede concluirse que la percepción de una pensión por incapacidad permanente total es incompatible con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, de tal manera que pudiera afirmarse que una notoria incompatibilidad situaría al interesado en una situación subsumible en el supuesto previsto en el artículo 62.1.f) LRJ-PAC. Al respecto, puede ya adelantarse que no estaríamos, en todo caso, ante la ausencia de un requisito esencial para el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público toda vez que, como se establece incluso para el supuesto de percibo de las pensiones de jubilación, la existencia de esa incompatibilidad se solventaría sin dificultad mediante la suspensión de la percepción de la correspondiente pensión, sin perjuicio de su posible rehabilitación posterior, tal y como establece el artículo 52 de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, y desarrolla la Orden de 10 de diciembre de 1984 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Mantiene la propuesta de resolución que el derecho a la recolocación que habría adquirido el interesado a través del acto presunto estimatorio es contrario a lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley de Incompatibilidades, que establece la incompatibilidad del desempeño de un puesto de trabajo en el sector público con la percepción de “la pensión de jubilación o retiro por derechos pasivos o por cualquier régimen de la seguridad social público y obligatorio”.

Sin embargo, y en contra de lo afirmado en los informes obrantes en el expediente, no es una cuestión pacífica el que “dentro de los conceptos de jubilación o retiro ha de incluirse la declaración de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados”, fundamentalmente porque si bien la separación entre jubilación e incapacidad no es evidente en los regímenes de derechos pasivos de los funcionarios públicos si son, por el contrario, supuestos diversos, en su naturaleza y efectos, en el régimen de la Seguridad Social, en el que se advierte una nítida separación entre la jubilación y los supuestos de Invalidez.

Precisamente de la correcta interpretación que merece el tenor literal del artículo 3.2 de la Ley de Incompatibilidades se ocupa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, (Sala de lo Social) de 19 marzo 2001, que ante un supuesto en que se percibe una pensión de invalidez y una retribución por dedicación exclusiva al cargo de concejal mantiene que en dicho precepto “se establece la incompatibilidad de un trabajo en el sector público y la percepción de una pensión de jubilación o retiro por Derechos Pasivos o por cualquier Régimen de Seguridad Social público y obligatorio, cuando lo que viene percibiendo el tantas veces citado accionante es una pensión de Invalidez, que obviamente no puede ser equiparada a una pensión de jubilación”, a lo que añade que “la [Ley General de la Seguridad Social](#), establece que la compatibilidad de la Invalidez Permanente Total con el ejercicio de aquellas actividades, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión; precepto perfectamente aplicable al actor, y que le faculta a seguir percibiendo su pensión, ya que su trabajo retribuido es compatible con dicha percepción”.

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (Sala de lo Social), de 23 de junio de 2006, mantiene ante un supuesto análogo al anterior que “en el supuesto concreto, conforme declara la Sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 2.002 en un supuesto similar, siguiendo el criterio mantenido en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 2 de Febrero de 1998, el demandante si bien percibe “una retribución como Concejal, no

percibe ninguna otra retribución a cargo de las Administraciones Públicas, sino una prestación por invalidez permanente total, y versando el contenido de las anteriores normas sobre limitación de derechos, su interpretación no puede ser extensiva, sino que hemos de estar al tenor literal de su texto, y no siendo equiparable «retribución» o «pensión» por invalidez, la incompatibilidad que se establece en los preceptos que se denuncian como infringidos no puede ser de aplicación al supuesto concreto, tesis que queda avalada por la circunstancia de que en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, se concreta en su artículo 3.2 que es incompatible el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el párrafo 2º del apartado 1º del artículo 1º, con la percepción de pensión de jubilación o retiro por Derechos Pasivos o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio, y tal concreción ha de entenderse efectuada en base a que no se equipara retribución a pensión, pues si toda pensión fuera considerada como retribución, no habría sido necesario especificar como incompatibles el desempeño de puesto de trabajo en el sector público y la percepción de la pensión de jubilación, y si la citada norma solamente establece la incompatibilidad con la pensión de jubilación, no puede extenderse esta limitación, por su carácter restrictivo de derechos, a otras pensiones".

Mayor peso tiene la objeción de ilegalidad que puede plantearse desde la consideración de la cuestión que se plantea en torno a si la declaración de incapacidad permanente total conlleva la extinción de la condición de funcionario, de tal manera que el Acuerdo sobre condiciones de empleo del Ayuntamiento de Barañain, y también el acto presunto estimatorio que otorgó la recolocación, implicarían la prolongación de la condición funcional, aunque en otro puesto de trabajo, que se habría perdido ex lege como consecuencia de la declaración de la incapacidad permanente por los órganos de la Seguridad Social.

Esa pérdida de la condición funcional es la que establece el artículo 63 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en su artículo 63, al contemplar como causas que la conllevan la "jubilación total del funcionario", dando lugar a ésta según el artículo 67.1.c)

“la declaración de incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala, o por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta o, incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala”.

Igual consecuencia contempla el artículo el artículo 138 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, al disponer la pérdida de la condición de funcionario como consecuencia de la jubilación, forzosa o voluntaria, integrándose en ella el supuesto de incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones.

La aplicación de estos últimos preceptos ha llevado a los tribunales a señalar, en supuestos con evidente analogía con el contemplado en este dictamen, que “la invalidez como situación que lleva a la jubilación y, por ello, a la extinción de la relación funcional es incompatible con la adscripción del funcionario jubilado a otro puesto mas adecuado a su capacidad. Es más, la Administración, de proceder así, estaría incumpliendo el artículo 35 de la Ley 9/1.987, que obliga a que estos Acuerdos versen sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y la determinación de los supuestos de extinción de la relación funcional es una materia reservada a la ley sobre la que no cabe Acuerdo alguno de voluntades” (Sentencias del TSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, de 6 de marzo de 2001, y del TSJ de la Región de Murcia de 21 de enero de 2005),

Por el contrario, en el ordenamiento jurídico navarro se advierte la ausencia de una eficaz articulación de los efectos que producen las resoluciones dictadas en el ámbito del régimen de protección de la Seguridad Social en relación con el estatuto jurídico de los funcionarios forales. Tanto es así que no se encuentran en el ordenamiento jurídico foral que regula el estatuto funcional unas disposiciones análogas a las citadas en el ordenamiento jurídico estatal, guardando silencio al respecto el artículo 10 del Estatuto del Personal que, al establecer las causas de pérdida de la condición funcional, no menciona entre ellas la declaración de incapacidad

permanente de los funcionarios para el desarrollo de sus funciones, bien es cierto que no puede considerarse cabalmente esa regulación como determinación de una lista cerrada de supuestos taxativos ya que, por ejemplo, tampoco se menciona la jubilación cuando por su propia naturaleza conlleva necesariamente la pérdida de la condición de funcionario.

Así lo ha entendido el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso Administrativo, en sus sentencias de 6 de septiembre de 2005 y 23 de febrero de 2007. En la primera de ellas se confirma la legalidad de un acuerdo municipal que dispuso la baja en el servicio activo de un funcionario acogido al régimen de Seguridad Social que fue declarado en situación de Incapacidad Permanente Total, sin que proceda “la reubicación en otro puesto de trabajo de la plantilla orgánica del Ayuntamiento demandado”. En la segunda, se alcanza idéntico fallo en cuanto a la confirmación del acto administrativo que denegó la recolocación bien que con argumentos que parecen no descartar de plano la posibilidad de la misma pues, señala la sentencia, que “lejos de configurarse un derecho subjetivo se hace una enumeración de buenas intenciones pero que requieren como presupuestos necesarios la existencia previa de puestos de trabajo que se encuentren vacantes; en segundo lugar, que tales puestos de trabajo se adecuen a las características físicas del solicitante y sean de un nivel al que el interesado pueda acceder. En definitiva, que no estamos ante un derecho que pueda exigir el interesado, sino de una mera posibilidad que se le pueda recolocar si se dan una serie de circunstancias objetivas y subjetivas”.

Expuestas las anteriores consideraciones, no puede olvidar este Consejo que, como ha dicho 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.

Sobre la concreta causa de nulidad invocada por la entidad local que pretende la declaración de nulidad de sus actos, la LRJ-PAC sanciona con esa nulidad aquellos “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, y recordamos en el Dictamen 6/2006, de 16 de febrero, 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.

Sin embargo, en nuestro caso no se advierte que el funcionario interesado solicitara en su día del Ayuntamiento el otorgamiento de un derecho o facultad respecto del que no acreditara poseer los requisitos esenciales. Por el contrario, la “recolocación” que se solicita está recogida expresamente en el “Acuerdo sobre condiciones de empleo entre el Ayuntamiento de Barañain y su personal funcionario”, toda vez que su artículo 23 contempla que “el ayuntamiento recolocará en un puesto

compatible con su capacidad residual a los funcionarios/as que les sea reconocida una Invalidez Permanente Total en similares condiciones que los empleados laborales en el plazo máximo de tres meses desde el momento de la solicitud". Por ello, no puede concluirse que nos encontremos ante un supuesto en que el funcionario haya adquirido un derecho a la recolocación careciendo de los requisitos esenciales para ello a la vista de que, efectivamente, el Ayuntamiento tiene establecida esa posibilidad respecto de aquellos funcionarios que, como aquí ocurre, hayan sido declarados por los órganos correspondientes de la Seguridad Social en situación de Invalidez Permanente Total. A ello habrá que añadir que dicho Acuerdo sobre condiciones de empleo permanece vigente y no consta que el Ayuntamiento haya instado la nulidad o anulación del mismo y, en definitiva, tampoco se advierte, como se ha expuesto, que exista una evidente, indiscutida y pacífica infracción del régimen general de incompatibilidades, o del ordenamiento jurídico foral en relación al régimen jurídico de sus funcionarios, lo que nos lleva a rechazar que nos encontremos ante un supuesto en el que concurra una ilegalidad clara, manifiesta y de una gravedad tal que integre la causa contemplada en el artículo 62.1.f) LRJ-PAC, sin perjuicio de que el Ayuntamiento pueda instar la anulación del acto presunto combatido y, en su caso, del Acuerdo sobre condiciones de empleo que lo ha posibilitado, conforme autoriza el artículo 63 y mediante el procedimiento previsto en los artículos 103 y siguientes de la LRJ-PAC.

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

Este Consejo de Navarra informa desfavorablemente la declaración de revisión de oficio de la nulidad de acto administrativo presunto estimatorio de la solicitud de reubicación formulada por don

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

