

Expediente: 35/2009

Objeto: Revisión de oficio del acto presunto de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por doña ..., sobre días de permiso adicionales

Dictamen: 39/2009, de 5 de octubre

DICTAMEN

En Pamplona, a 5 de octubre de 2009,

el Consejo de Navarra, integrado por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario; y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don José Iruretagoyena Aldaz, don Julio Muerza Esparza, don Eugenio Simón Acosta, y don Alfonso Zuazu Moneo.

siendo ponente don José Iruretagoyena Aldaz,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Solicitud y tramitación de la consulta

La Consejera de Salud, mediante Orden Foral 102/2009, de 25 de agosto, acordó someter a consulta del Consejo de Navarra el procedimiento de revisión de oficio del acto de estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por doña ..., en la que solicita el derecho al disfrute de cuatro días adicionales en aplicación de la Ley 7/2007, del 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. En la misma Orden Foral se decretó la suspensión del plazo para resolver el procedimiento de revisión, a tenor de lo establecido en el artículo 42.5.a) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC).

A pesar de que en el expediente obra escrito de la Consejera de Salud de 26 de agosto de 2009, remitido al Presidente del Gobierno de Navarra,

enviándole copia del expediente a fin de que, por su conducto, se formule la petición de emisión de dictamen por este Consejo, con fecha 28 de agosto tiene entrada escrito de la Consejera recabando directamente la emisión del dictamen preceptivo.

Tal posibilidad se encuentra expresamente contemplada por el artículo 19.2 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 lo sucesivo, LFCN), al facultar a los Consejeros del Gobierno de Navarra para recabar directamente informe preceptivo a este Consejo, en los asuntos de su competencia a los que se refiere el artículo 17.d) de la LFCN, entre los que se encuentran los supuestos de “revisión de oficio de los actos administrativos”.

En consecuencia la consulta ha sido formulada por órgano competente, siendo procedente su análisis y consideración.

I.2ª. Antecedentes de hecho

De la documentación incorporada al expediente remitido pueden destacarse los siguientes datos principales:

1. Con fecha 31 de agosto de 2007, doña ..., facultativo especialista en Reumatología del Hospital de Navarra, presenta escrito solicitando autorización para disfrutar de cuatro días adicionales de permiso de libre disposición, en aplicación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, LEBEP).
2. Mediante Resolución 4471/2007, de 7 de septiembre, de la Directora de Personal del Hospital de Navarra, se deniega la concesión del permiso adicional solicitado por entender que: la disposición adicional tercera de la LEBEP establece que tal norma será de aplicación a la Comunidad Foral de Navarra en los términos establecidos en el artículo 149.1.18ª y disposición adicional primera de la Constitución y en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto,

de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral Navarro (en adelante, LORAFNA); que el artículo 49.1.b) de la LORAFNA reconoce a Navarra, en virtud de su régimen foral, competencia exclusiva en materia de régimen estatutario de los funcionarios propios de la Comunidad Foral respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación del Estado reconozca a los funcionarios públicos y, entendiendo que el permiso establecido en el artículo 48 de la LEBEP no tiene carácter de derecho u obligación esencial, concluye afirmando que no es de aplicación a los funcionarios de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, denegando el permiso solicitado.

3. Mediante escrito presentado el 11 de octubre de 2007, la interesada expone que solicitó cuatro días adicionales de permiso al amparo de la LEBEP; que la Orden Foral 151/2005, de 15 de noviembre, del Consejero de Presidencia e Interior, por la que se da publicidad al inventario de procedimientos administrativos competencia de la Administración Foral de Navarra y sus Organismos Autónomos, establece en su anexo 3, "Procedimientos en materia de personal", que el procedimiento de solicitud de permisos retribuidos por asuntos particulares debe resolverse en plazo de tres días hábiles y que la falta de resolución en tal plazo produce efecto estimatorio, por lo que, al amparo de los artículos 42 y 43 de la LRJ-PAC, habiendo transcurrido el plazo establecido para la resolución de su solicitud sin haber emitido contestación expresa, procede entender estimada la solicitud por silencio administrativo positivo, y solicita se emita certificado acreditativo del silencio administrativo producido.
4. El mismo día 11 de octubre de 2007, la interesada formula recurso de alzada contra la Resolución 4471/2007, de 7 de septiembre, de la Directora de Personal del Hospital de Navarra, solicitando su anulación por motivos formales y de fondo.

Respecto a los primeros, incide en que su solicitud debió resolverse al amparo de la Orden Foral 151/2005, de 15 de noviembre, del

Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en el plazo de tres días hábiles que finalizaba el 4 de septiembre y que al no haberlo hecho hasta la Resolución 4771/2007, de 7 de septiembre, se produjo la estimación de su solicitud por silencio administrativo positivo, que tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento y conlleva la prohibición de dictar posterior resolución expresa contraria al sentido estimatorio del silencio administrativo (artículos 43.3 y 4 LRJ-PAC).

En cuanto al fondo, considera que la Resolución 4471/2007, de la Directora de Personal del Hospital de Navarra, es contraria al ordenamiento jurídico al infringir lo dispuesto en la LEBEP. Considera que tal norma es de aplicación al personal estatutario de los Servicios de Salud, que es de carácter básico y vinculante para las Comunidades Autónomas como se deriva de su disposición final primera que dispone que sus disposiciones constituyen bases del régimen estatutario de los funcionarios al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución y todo ello sin desconocer las competencias de la Comunidad Foral de Navarra en materia de personal, ya que la competencia exclusiva de Navarra en materia de régimen estatutario de los funcionarios públicos debe respetar los derechos y deberes fundamentales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos. Añade que en su opinión la recurrente no es funcionaria de la Comunidad Foral sino personal proveniente del Instituto Nacional de Salud, estando adscrita al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por lo que al contener la LEBEP un régimen más beneficioso le debe ser de aplicación.

5. El 11 de agosto de 2008, el Servicio de Régimen Jurídico emite informe-propuesta de resolución desestimatoria de los recursos de alzada formulados contra la denegación de permisos por días adicionales solicitados. Dicha propuesta, realiza un análisis de la distribución competencial en materia de función pública y tras cita de la disposición adicional primera de la Constitución Española y

del artículo 49 de la LORAFNA, con base en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, concluye afirmando que la competencia foral sobre función pública tiene como únicos límites la unidad constitucional y los derechos y obligaciones esenciales de los funcionarios y no el conjunto de las normas declaradas básicas por el legislador estatal en cada momento. La singularidad del régimen foral permite la existencia de divergencias entre la legislación estatal básica y el estatuto foral del personal sanitario de Navarra.

El informe propuesta continua diciendo que la regulación del régimen del personal adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea se encuentra recogida en la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, que establece la supletoriedad del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, que remite en lo relativo al régimen de licencias y permisos retribuidos al desarrollo reglamentario que fue aprobado mediante Decreto Foral 348/2000, de 30 de octubre, no contemplando dicha normativa días adicionales de permisos retribuidos por cumplimiento de trienios.

Por último, considera que la ampliación de los días de libre disposición previstos por la LEBEP no constituyen un derecho u obligación esencial ya que no forma parte de la estructura vertebral del estatuto funcional.

Por todo ello, considera que existen dos sistemas normativos diferenciados en materia de régimen de personal de acuerdo con la distribución de competencias en la materia, no siendo posible la aplicación parcial de aquellos aspectos más ventajosos tal y como han puesto de manifiesto reiterados pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

El citado informe, concluye proponiendo la desestimación de los recursos de alzada interpuestos contra las resoluciones del Director

de Personal del Hospital de Navarra, denegatorias de las solicitudes de días adicionales de permisos al amparo de la LEBP.

6. Antes de que se resolviese expresamente el recurso de alzada, doña ..., interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Pamplona, contra la desestimación por silencio administrativo de su recurso de alzada contra la Resolución 4471/2007, de 7 de septiembre, de la Directora de Personal del Hospital de Navarra.

Dicho recurso fue resuelto por Sentencia núm. 169/2009, de 14 de mayo de 2009, que estimó el recurso formulado por la interesada declarando que “la desestimación presunta por silencio administrativo del Recurso de Alzada interpuesto frente a la Resolución 4471/2007, de 7 de septiembre de la Directora de Personal del Hospital de Navarra, no es conforme a Derecho por lo que queda sin efecto debiéndose reconocer a la actora cuatro días adicionales de permiso retribuido por asuntos particulares correspondiente al año 2007, a disfrutar en el año 2009; sin costas”.

En la fundamentación jurídica de la meritada sentencia se afirma que: “la cuestión de fondo ya ha sido objeto de estudio por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Navarra y, así, el Juzgado nº 3 dictó sentencia de 2 marzo de 2009, que la parte demandada aporta como instructa y que acoge la tesis de la Administración demandada en los términos que se van a exponer, tesis a la que esta Juzgadora se adhiere por lo que va a decir, en cuanto al fondo”.

Sin embargo, a pesar de tal afirmación, la realidad es que la sentencia no entra a analizar la cuestión de fondo limitándose exclusivamente al análisis de las argumentaciones de la parte recurrente sobre la operatividad del silencio administrativo.

Respecto a esta cuestión la juzgadora, tras analizar en el fundamento de derecho tercero la cuestión planteada, declara:

“según se desprende de la regulación contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo, las normas de procedimiento pueden establecer plazos distintos máximos en los cuales se debe notificar la resolución expresa que en ningún caso puede exceder de seis meses, la Orden Foral que hoy nos ocupa estableció un plazo específico para resolver el procedimiento de petición de permisos particulares que en este caso no se ha cumplido, con lo que se ha de entender en aplicación de la normativa antes indicada, que el efecto de la resolución sobre la solicitud efectuada por la demandante es estimatorio, en esta medida, entonces y sólo en esta medida procede estimar el presente recurso contencioso-administrativo por cuanto que la Administración Foral no puede dictar una resolución desestimatoria expresa con posterioridad a que se haya cumplido el plazo en este caso tres días hábiles para dictar resolución o resolver la petición o solicitud de concesión de permisos de días adicionales de vacaciones o de permisos”.

La sentencia señala que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno por razón de la cuantía presumiblemente inferior a 18.030 €.

7. Tras tener conocimiento del contenido de la sentencia, el Servicio de Régimen Jurídico del Servicio Navarro de Salud, emite informe con fecha 24 de junio de 2009, proponiendo la incoación del procedimiento de revisión de oficio de la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada en reclamación de cuatro días adicionales de permiso retribuido en aplicación de la LEBEP, por considerar que la ampliación de un día adicional de permiso por cada trienio cumplido a partir del octavo no constituye un derecho esencial que la legislación estatal reconozca a sus funcionarios públicos y por lo tanto no es aplicable a Navarra, en donde existe un sistema normativo diferente y plenamente legal adecuado a la distribución de competencias en esta materia, criterio mantenido por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tribunal Superior de Justicia de Navarra en reiterados

pronunciamientos y también por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pamplona, en Procedimiento Abreviado 186/2008, referida a esta misma cuestión de solicitud de permisos adicionales por personal del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea al amparo de la LEBEP.

En base a todo ello, se invoca la causa de nulidad contemplada por el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, por considerar que en el caso analizado falta el requisito de aplicabilidad del régimen normativo contenido en la LEBEP, requisito que se configura no sólo como necesario sino también esencial para la adquisición del derecho.

8. Mediante Resolución 1278/2009, de 26 de junio, del Director General del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, se acuerda la incoación del procedimiento de revisión de oficio, dando traslado a la interesada para que pueda formular las alegaciones que estime pertinentes.
9. El 17 de julio de 2009, la interesada presenta escrito de alegaciones, oponiéndose al procedimiento de revisión de oficio invocando fundamentalmente los siguientes motivos:
 - a) Que estamos en presencia de una sentencia declarada firme por providencia de 29 de mayo de 2009, en la que se ordena al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea que lleve a puro y debido efecto lo en ella acordado, se adopten las resoluciones que procedan y se practique cuanto exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo. Por lo tanto, en ningún caso, procede revisar de oficio un acto administrativo, ya sea expreso o presunto, que ha sido declarado por sentencia firme y con efectos de cosa juzgada. Podría revocarse, en su caso, el acto presunto si no hubiera mediado pronunciamiento jurisdiccional declarativo y condenatorio, pero el fallo de la sentencia firme reconoce una situación jurídica individualizada y condena al organismo demandado a posibilitar el disfrute, en el año 2009, de los cuatro días adicionales de permiso retribuido

por asuntos particulares correspondientes al año 2007. Existiendo tales pronunciamientos, lo que realmente se pretende con el procedimiento de revisión incoado es incumplir el contenido del fallo de la sentencia firme.

- b) Subsidiariamente se opone al procedimiento de revisión reiterando los argumentos efectuados en sus anteriores escritos de solicitud de certificación del acto por silencio administrativo y recurso de alzada sobre aplicabilidad de la LEBEP al personal estatutario y no funcionarial del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.
- c) Por último, invoca que, aun cuando fuera posible la iniciación del procedimiento de revisión, no se estaría ante un supuesto de nulidad de pleno derecho sino, en su caso, de anulabilidad que sólo podría revisarse conforme al procedimiento establecido por el artículo 103 de la LRJ-PAC, y previa declaración de lesividad y posterior impugnación ante el orden jurisdiccional. Abunda en que tampoco se estaría en presencia de un supuesto de nulidad del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, ya que el requisito exigido no tendría la consideración de esencial y con invocación de la opinión de este Consejo de Navarra (dictamen 6/2006), alude al carácter excepcional de la potestad de revisión de oficio de los actos administrativos lo que requiere una ponderación estricta del vicio considerado, entendiendo que 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 este carecería absolutamente de base.

10. El Servicio de Régimen Jurídico del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea emite informe-propuesta que da lugar a la Resolución 1434/2009, de 31 de julio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, que desestima las alegaciones formuladas por la interesada y eleva propuesta de revisión de oficio de la

estimación por silencio administrativo de su solicitud de premisos retribuidos adicionales.

La citada resolución reconoce que la interesada es personal estatutario y que a diferencia del personal funcionario del organismo autónomo percibe su antigüedad por trienios y no por el sistema de quinquenios y grado, ello al amparo de lo previsto por la disposición transitoria tercera de la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, que aprobó el régimen específico del personal adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, pero que de ello no se puede concluir afirmando que sea de aplicación la LEBEP al personal estatutario adscrito al citado organismo.

En cuanto a la alegada imposibilidad de la revisión de oficio de un acto administrativo que ha sido declarado por sentencia firme, y por lo tanto con efectos de cosa juzgada, la resolución indica que “conviene precisar que nada tiene que ver la circunstancia del doble silencio declarado en sentencia, con la aplicación o no del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC y así, en el fundamento de derecho segundo de la sentencia número 169/2009, de 14 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1, se dice que la Administración demandada aporta como instructa una sentencia anterior que acoge la tesis de la Administración, tesis a la que la propia Juzgadora se adhiere en cuanto al fondo (...) En definitiva, la sentencia declara el derecho a la ampliación de días adicionales del EBEP pero por una cuestión formal, como es el doble silencio que opera en este caso en aplicación de la LRJ-PAC. Iniciar un procedimiento de revisión de oficio no conlleva el más radical incumplimiento del pronunciamiento judicial como afirma la interesada y así, en ocasiones se han dictado sentencias sobre solicitudes de licencias ganadas por la aplicación del doble silencio y en los fallos se insta a la Administración a que inicie un procedimiento de revisión de oficio.”

Por último, la resolución argumenta la concurrencia del supuesto de nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, entendiendo que se han adquirido facultades o derechos careciendo de los requisitos no sólo esenciales, sino también necesarios para su adquisición, dado que se está pretendiendo adquirir un derecho por aplicación de una norma que no es de aplicación a los funcionarios estatutarios adscritos al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

11. Mediante Orden Foral 102/2009, de 29 de agosto, de la Consejera de Salud, se somete a consulta del Consejo de Navarra el procedimiento de revisión de oficio, ordenando la suspensión del plazo para la resolución del procedimiento durante el periodo que este Consejo requiera para la emisión de su dictamen.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

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

La presente consulta versa sobre el procedimiento de revisión de oficio del acto de estimación por silencio administrativo de la solicitud formulada por doña ..., en reconocimiento del derecho al disfrute de cuatro días adicionales de asuntos propios en aplicación de la LEBEP, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 102 de la LRJ-PAC, en relación con el artículo 16.1.i) de la LFCN, en su actual redacción, es preceptivo el dictamen favorable de este Consejo, que además debe ser favorable para que pueda declararse la nulidad del acto. En el mismo sentido se expresa el artículo 53.3 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (en adelante, LFACFN).

II.2ª. Sobre el procedimiento seguido para la revisión de oficio.

La LRJ-PAC regula en su artículo 102, la revisión de oficio sin contemplar de manera específica el procedimiento, aunque de su regulación se derivan una serie de exigencias procedimentales que deben ser

cumplidas y que deben ser analizadas si han sido cumplimentadas en el presente expediente.

El artículo 53.1 de la LFACFN establece que los procedimientos de revisión se iniciarán por el órgano actor de la actuación cuya anulación se pretenda. En el presente caso la incoación del procedimiento de revisión se inicia mediante resolución del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, con base en la propuesta motivada de la Jefa de la Sección de Régimen Jurídico, y se ha dado audiencia a la interesada quien ha formulado las alegaciones que a su derecho estimó convenientes. El procedimiento se ha tramitado dentro del plazo de tres meses establecido por el artículo 102.5 de la LRJ-PAC. A la consulta dirigida a este Consejo se ha acompañado la pertinente propuesta de resolución (artículo 28.1 del Decreto Foral 90/2000, 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Funcionamiento y Organización del Consejo de Navarra). La consulta ha sido solicitada por la Consejera de Salud, de quien depende el Instituto Navarro de Salud Pública-Osasunbidea, quien a su vez ha solicitado la suspensión del plazo para su resolución.

En definitiva ha de entenderse adecuadamente tramitado el procedimiento de revisión de oficio cuyo dictamen se solicita.

Por lo que a su resolución se refiere, los artículos 53.2 y 115.3 de la LFACFN atribuyen a los Consejeros la competencia para la resolución de los procedimientos de revisión de oficio de las disposiciones y actos dictados por los órganos de dirección de los organismos públicos adscritos a sus respectivos Departamentos. En consecuencia, la oportuna resolución corresponderá emitirla a la Consejera de Salud del Gobierno de Navarra.

II.3ª. Marco jurídico.

En el presente supuesto se plantea la revisión de oficio de la estimación por silencio administrativo de la solicitud de permiso de cuatro días adicionales solicitada al amparo de la LEBEP. Se cuestiona la aplicabilidad de dicha norma en virtud de la competencia exclusiva que la Comunidad Foral de Navarra tiene en materia de función pública, al amparo

de la disposición adicional primera de la Constitución y artículo 49.1.b) de la LORAFNA, que ha sido ejercitada mediante la aprobación de la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, del Régimen específico del personal adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea; Real Decreto-Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, que aprueba el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra y diversas normas de desarrollo reglamentario, de las que, por lo que al presente dictamen interesa, hay que tener en cuenta el Decreto Foral 121/1985, de 19 de junio, que aprobó el Reglamento de vacaciones, licencias y permisos de los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra.

Igualmente se plantea la posibilidad de ejercitar la revisión de oficio de actos declarativos de derecho reconocidos por sentencia judicial firme, lo que exigirá realizar un análisis del artículo 102 LRJ-PAC, en relación con los artículos 24, 117.3 y 118 de la Constitución, artículos 2.1, 17.2 y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), y artículo 103 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en lo sucesivo, LJCA).

II.4ª. Procedencia de la revisión de oficio,

Dos son las cuestiones que de modo esencial deben ser analizadas con ocasión de la emisión del presente dictamen.

La primera está directamente relacionada con la aplicabilidad a los empleados públicos al servicio de la Administración de la Comunidad Foral y de sus organismos autónomos de las disposiciones que sobre permisos adicionales otorga la LEBEP, para analizar si es posible adquirir por silencio administrativo el derecho al disfrute de los permisos adicionales que reconoce su artículo 48.2 y, en consecuencia, poder determinar si concurre o no el supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, invocado por la Administración como motivador de la pretendida revisión de oficio invocada.

La segunda cuestión será la atinente a la posibilidad de ejercitar la potestad de revisión de un acto declarativo de reconocimiento de permisos retribuidos que ha sido declarado por sentencia judicial firme.

El artículo 49.1.b) de la LORAFNA establece que Navarra, en virtud de su régimen foral, tiene competencia exclusiva en materia de régimen estatutario de los funcionarios propios de la Comunidad Foral, respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación del Estado reconozca a los funcionarios públicos.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 140/1990, de 20 de septiembre, ya se pronunció sobre el contenido y alcance de la competencia de Navarra en materia de régimen estatutario de sus empleados públicos.

El Tribunal Constitucional señaló que el artículo 49.1.b) de la LORAFNA, se inserta claramente dentro del supuesto de actualización de los derechos históricos, de modo que efectúa una atribución de competencia en favor de Navarra en “virtud de su régimen foral”, remitiendo dicha competencia a la categoría comprendida en el apartado a) del artículo 39.1 de la LORAFNA. Este precepto realiza, dice el Tribunal Constitucional, una clasificación de todas las competencias que corresponden a Navarra dentro de la cual la referida encaja inequívocamente en su primer apartado (todas aquellas facultades y competencias que actualmente ejerce, al amparo de lo establecido en la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841 y disposiciones complementarias), lo que remite a los denominados “derechos originarios e históricos” (artículo 2.1 LORAFNA). Nos hallamos, pues, frente a la atribución de una competencia en favor de la Comunidad Foral que entraña asimismo el reconocimiento de un derecho histórico.

La competencia atribuida por el artículo 49.1.b) de la LORAFNA, incluirá, por tanto, las competencias que sobre el régimen estatutario de los funcionarios ejercía Navarra en el momento de la promulgación de la LORAFNA [artículo 39.1.a)], teniendo, sin embargo como límites, en primer lugar, el que las mismas no afecten a las competencias estatales inherentes a la unidad constitucional (artículos 2.2 y 3.1 LORAFNA) y, en segundo lugar, el respeto de los derechos y obligaciones esenciales que la legislación

básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos [artículo 49.1.b) LORAFNA].

Por ello, el Tribunal Constitucional considera que “debe tenerse bien presente que no todas las previsiones de la legislación estatal básica relativas al régimen estatutario de los funcionarios públicos desplegarán ese efecto limitativo en relación al ejercicio de la competencia, sino sólo aquellas, justamente, que se refieran a los derechos y obligaciones esenciales. Derechos y obligaciones esenciales de los funcionarios que, por lo demás, aun cuando su determinación concreta deba quedar remitida al análisis particularizado de las normas que los prevean, nos sitúan, en principio, ante aquellas situaciones jurídicas caracterizadoras del propio modelo del régimen estatutario de los funcionarios, que conforman la sustancia misma de ese régimen y sin las cuales no sería reconocible ese estatuto. De manera que, dentro del respeto a esas situaciones jurídicas que definen la esencia del régimen jurídico de los funcionarios, corresponde a la Comunidad Foral de Navarra dotar de contenido a ese estatuto funcional...”

En virtud de la competencia que la LORAFNA atribuye a nuestra Comunidad, la regulación del régimen de personal adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, se encuentra recogida en la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, de régimen específico del personal adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en cuyo artículo 1 se establece que será de aplicación 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 Servicio Navarro de Salud y, en su artículo 4, precisa que será de aplicación al personal adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, lo establecido con carácter general para los funcionarios al servicio de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos.

La citada regulación se encuentra recogida en el Texto Refundido del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, aprobado por Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto,

desarrollado, por lo que al presente dictamen interesa, mediante Decreto Foral 348/2000, de 30 de octubre, que aprueba el Reglamento de vacaciones, licencias y permisos de los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra y que contiene una completa regulación sobre la materia, estableciendo expresamente el artículo 12, que a lo largo del año, los funcionarios tendrán derecho a disfrutar hasta tres días de permiso retribuido por asuntos particulares, no incluidos en los supuestos anteriores, sin que tales días puedan acumularse a las vacaciones anuales retribuidas y su concesión estará condicionada a las necesidades del servicio.

Por su parte el Estado, entre otras disposiciones relativas a la Función Pública, ha dictado, al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, que le reconoce la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, y del régimen estatutario de sus funcionarios, la LEBEP, en cuyos artículos 47 a 51, ambos inclusive, regula el derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones, estableciendo en su artículo 48.2, que los funcionarios, además de los días de libre disposición establecidos por cada Administración Pública, tendrán derecho al disfrute de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo.

Tal y como indica la disposición adicional tercera, las disposiciones contenidas en este Estatuto se aplicarán a la Comunidad Foral de Navarra en los términos establecidos en el artículo 149.1.18ª y disposición adicional primera de la Constitución, y en la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

Planteada así la cuestión, una vez expuesta la distribución de competencias en materia de Función Pública entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, a la luz de la interpretación efectuada por la doctrina del Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta que el personal estatutario adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, se encuentra regido por las normas específicas elaboradas por la Comunidad Foral, conforme a lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, siéndoles de aplicación supletoria el Texto Refundido del Estatuto del

Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra y sus desarrollos reglamentarios y habiendo quedado expuesto que las normas contenidas en la LEBEP son de aplicación en Navarra conforme a lo establecido por la Constitución y la LORAFNA, la cuestión queda circunscrita a determinar si el reconocimiento del derecho que otorga el artículo 48.2 de la LEBEP, debe ser considerado como derecho esencial de los funcionarios públicos que debe ser respetado en su reconocimiento y aplicación por la Administración de la Comunidad Foral.

Pues bien, la posición de este Consejo de Navarra es coincidente con la del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea que a su vez es coincidente con la posición mantenida por la Sentencia número 52/2009, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pamplona, dictada en el Procedimiento Abreviado nº 186/2008, referida a la cuestión aquí analizada de la existencia o inexistencia del derecho reconocido por el artículo 48.2 de la LEBEP a un facultativo, personal estatutario adscrito al organismo autónomo, y que desestimó su pretensión.

La legislación básica estatal sobre función pública no es directamente aplicable en Navarra, salvo que nos encontremos en presencia de un mandato normativo que se refiera a derechos y obligaciones esenciales que, como indica el Tribunal Constitucional, deben quedar limitados a aquellas situaciones jurídicas caracterizadoras del propio modelo de régimen estatutario de los funcionarios, que conforman la sustancia misma de ese régimen y sin los cuales no sería reconocible ese estatuto; situación jurídica que no es predicable de una concreta regulación específica sobre el derecho al disfrute de permisos adicionales por motivos particulares en favor de aquellos empleados públicos que hayan cumplido una determinada antigüedad en el ejercicio de sus funciones.

En consecuencia, podemos concluir que el contenido del artículo 48.2 de la LEBEP no es directamente aplicable a las Administraciones Públicas de Navarra, que en lo relativo al régimen jurídico de vacaciones, licencias y permisos se encuentran sujetas a la regulación propia aprobada por los órganos competentes de la Comunidad Foral.

Obtenida esta primera conclusión procede analizar si la obtención por silencio positivo del derecho al disfrute de cuatro días adicionales para asuntos particulares, con base en una normativa no aplicable a la funcionaria que lo solicitó, puede considerarse como supuesto de nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, motivador del procedimiento de revisión de oficio, tal y como pretende el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

Este Consejo de Navarra en dictámenes precedentes (dictamen 23/2008 y otros) viene manteniendo que la nulidad de pleno derecho se configura legalmente como el máximo grado de invalidez de los actos administrativos, quedando limitada a aquellos casos de vulneración grave del ordenamiento jurídico, debiendo ser ponderada con criterios estrictos y de prudencia dado su carácter excepcional.

Igualmente, y en relación a la concreta causa de nulidad prevista en la letra f) del artículo 62.1 de la LRJ-PAC, tiene establecido este Consejo (dictámenes 57/2005, de 1 de diciembre y 6/2006, de 16 de febrero, entre otros) que, 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 del 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 supuesto que ahora se somete a la consideración de este Consejo de Navarra, no puede dudarse de que al haberse obtenido por acto presunto un derecho o facultad en base a una normativa que, como hemos indicado anteriormente, no es de aplicación a la solicitante, es claro a juicio de este Consejo que faltarían los requisitos, tanto necesarios como esenciales, para el nacimiento mismo de la situación o derecho reconocido, estando por tanto ante el supuesto de nulidad del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, que habilitaría el procedimiento de revisión de oficio.

Ahora bien, dicho lo anterior, hay que analizar si en el presente supuesto, tal y como invoca la interesada, existiendo una sentencia firme del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Pamplona, de 14 de mayo de 2009, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución 4471/2007, de 7 de septiembre, de la Directora de Personal del Hospital de Navarra y le reconoce el disfrute de cuatro días adicionales de permiso retribuido por asuntos particulares correspondientes al año 2007, a disfrutar en el año 2009, puede la Administración iniciar la vía de la revisión de oficio o si esta sería contraria a lo establecido por los artículos 24, 117.3 y 118 de la Constitución, artículos 2.1, 17.2 y 18 de la LOPJ y 103.4 de la LJCA.

Este Consejo de Navarra ha venido reconociendo (dictamen 28/2008), al igual que otros Consejos consultivos y doctrina jurisprudencial, la viabilidad del procedimiento de revisión de oficio del artículo 112 de la LRJ-PAC, en relación con actos declarativos de derecho obtenidos por silencio administrativo, sobre los que han recaído sentencias previas anulatorias de los actos administrativos tardíos contrarios a los efectos que el ordenamiento jurídico otorga al acto presunto.

Cierto es que en estos supuestos la propia sentencia anulatoria de la resolución tardía, bien en su fallo o en su argumentación jurídica, dejaba expresamente a salvo o hacía reserva de que tal decisión anulatoria no impedía el ejercicio de la potestad revisora que se configuraba como único medio de reacción posible para combatir los efectos declarativos del acto presunto cuando fueran contrarios al ordenamiento jurídico.

El supuesto que ahora se somete a consideración de este Consejo tiene un matiz particular ya que la sentencia anulatoria de la resolución tardía no hace referencia alguna al ejercicio de la potestad revisora y, además, en su fallo declara el derecho de la interesada al disfrute del permiso obtenido por acto presunto, por lo que cabe plantearse si nos encontramos en presencia del supuesto contemplado por el artículo 71.1.b) de la LJCA, de reconocimiento de una situación jurídica individualizada que ordena adoptar las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la misma, lo que conllevaría analizar si la actuación de la administración encaminada a revisar de oficio el fallo judicial atentaría contra el derecho a la ejecución de las sentencias judiciales firmes que constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que exige la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas (STC 22/2009, de 26 de enero).

Este Consejo de Navarra considera que no puede realizarse una interpretación aislada del fallo judicial y que, por el contrario, éste debe interpretarse en relación directa con las argumentaciones y razonamientos jurídicos que le sirven de fundamento y con el propio objeto del recurso jurisdiccional.

Como se deriva de los antecedentes, en el recurso jurisdiccional lo que se debate fundamentalmente no es tanto la legalidad intrínseca del permiso solicitado por la interesada, cuanto la vigencia o existencia del permiso obtenido por silencio positivo, frente a la pretensión de la Administración de negar su propia existencia al amparo de una resolución tardía desestimatoria.

Planteados en estos términos el objeto del debate procesal adquiere plena coherencia la posición mantenida por la juzgadora que tras reconocer que, en cuanto al fondo, se adhiere a la argumentación y fallo de la sentencia número 52/2009, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pamplona que, en un supuesto idéntico al aquí planteado, pero sin la particularidad del silencio administrativo, deniega la solicitud de permiso de días adicionales efectuado por otro facultativo del

Servicio Navarro de Salud por considerar que no es de aplicación el régimen de permisos contenido en la LEBEP, inmediatamente después, tras analizar la existencia o no del acto presunto y confirmar su existencia, estima por este motivo, y solamente por él, el recurso interpuesto anulando la tardía resolución. Proclamada la existencia y vigencia del acto presunto, declara los efectos del derecho al disfrute del permiso “reconocido”, que le son inherentes como acto que existe en la realidad jurídica.

¿Quiere ello decir que la juzgadora ha efectuado una plena declaración del reconocimiento de un derecho inmodificable o intangible cuando en cuanto al fondo se posiciona en sentido contrario a la existencia y reconocimiento del derecho de la funcionaria a disfrutar del permiso obtenido por silencio administrativo? En opinión de este Consejo de Navarra, la declaración contenida en el fallo judicial no es una declaración de validez del derecho, sino de la existencia del acto presunto que desplegará los efectos que le sean inherentes y que como todo acto administrativo existente podrá ser objeto de revisión por el procedimiento del artículo 102 de la LRJ-PAC, si concurren los requisitos y presupuestos legalmente establecidos.

Por último y en relación con la invocación de cosa juzgada que realiza la interesada, este Consejo de Navarra, a pesar de que tal invocación es más propia del proceso jurisdiccional que del procedimiento administrativo, tampoco comparte tal argumentación.

En efecto, es constante la posición jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1985; 30 septiembre de 2001; 15 de marzo y 6 de julio de 1993; 26 de mayo de 2004 y otras), en las que se analiza el concepto de cosa juzgada en el ámbito del recurso contencioso-administrativo, indicando que presenta ciertas peculiaridades por la circunstancia de que su objeto lo constituye el acto cuya revisión se postula y, por tanto, la identidad entre ambos procesos requiere la de los actos enjuiciados en cada uno de ellos.

Como dice la indicada sentencia de 26 de mayo de 2004, “en el proceso Contencioso-Administrativo existen peculiaridades que atañen al objeto de la pretensión que convierten al acto administrativo impugnado en

su específico elemento identificador de la cosa juzgada, como pone de relieve la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida en la Sentencia de 30 de junio de 2003, y las que en ellas se citan, al señalar que..., si en el posterior proceso la *res de qua agitur* es un acto (actuación) o una disposición diferente del que se enjuició en la resolución judicial firme anterior, ya no puede darse el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, salvo que el acto (actuación) o disposición objeto del segundo proceso sean meras repeticiones del que se juzgó en el primero..., En definitiva, es doctrina del TS sobre este punto que la cosa juzgada tiene matices muy específicos en el proceso Contencioso-Administrativo, donde basta que el acto impugnado sea histórica y formalmente distinto del revisado en el proceso anterior para que deba rechazarse la existencia de cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente”.

Es evidente que en este supuesto las actuaciones que podrían dar lugar a dos intervenciones judiciales son diferentes. En la primera, ya ejercitada ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Pamplona, la actuación sujeta a revisión era la atinente a la adecuación a derecho de la resolución tardía de la Directora de Personal del Hospital de Navarra denegatoria del permiso solicitado. La segunda, la que podría suscitarse con ocasión del procedimiento de revisión, sería la referente a la adecuación a derecho de la actuación revisora.

En consecuencia, no existen, a juicio de este Consejo de Navarra, elementos impositivos para el ejercicio de la potestad revisora del acto presunto de obtención del permiso para asuntos propios, derivados de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Pamplona, por lo que concurriendo, como ya hemos indicado, el supuesto de nulidad radical del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, se emite dictamen favorable a la revisión instada.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra infoma favorablemente la declaración de oficio de la nulidad del acto de estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por doña ..., de 31 de agosto de 2007, en la que solicitaba el derecho al disfrute de cuatro días adicionales de asuntos particulares en aplicación del artículo 48.2, de la Ley 7/2007, de 12 de mayo, de Estatuto Básico del Empleado Público.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.