

**Expediente:** 6/2010

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

**Dictamen:** 8/2010, de 15 de marzo

## **DICTAMEN**

En Pamplona, a 15 de marzo de 2010,

el Consejo de Navarra, integrado por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don Julio Muerza Esparza, actuando como Consejero-Secretario accidental; y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don José Iruretagoyena Aldaz, 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**

La Consejera de Salud, mediante Orden Foral 4/2010, de 12 de enero, acordó someter a consulta del Consejo de Navarra el procedimiento de revisión de oficio de los actos de estimación por silencio administrativo de las solicitudes de disfrute de días adicionales de permiso, formuladas por doña ..., don ..., doña ..., doña ... y doña ..., invocando la 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 durante el periodo “que el Consejo de Navarra necesite para emitir el preceptivo informe y en tanto no se emita respuesta a la consulta realizada”.

Se solicita nuestro dictamen directamente por la Consejera de Salud, en ejercicio de la facultad contemplada en 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), que faculta 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 las siguientes circunstancias principales:

1. Con fechas de entrada de 9 y 23 de octubre de 2007, doña ..., don ..., doña ..., doña ... y doña ..., presentaron los respectivos escritos solicitando autorización para disfrutar de días adicionales de permiso de libre disposición, atendiendo a los trienios que tenían consolidados e invocando la aplicación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, LEBEP).
2. Mediante Resoluciones 137, 138, 139, 143, todas ellas de igual fecha de 23 de octubre de 2007, y 170, ésta de fecha 12 de noviembre de 2007, la Directora de Atención Primaria, 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; para concluir, desde la premisa que el permiso establecido en el artículo 48 de la LEBEP no tiene carácter de derecho u obligación esencial, afirmando que no es de aplicación a los funcionarios de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, denegando el permiso solicitado.

3. Mediante escritos presentados el 22 de noviembre de 2007, doña ..., don ..., doña ..., doña ... y doña ..., formularon los respectivos recursos de alzada frente a las resoluciones que les denegaron la autorización de disfrute de días adicionales de permiso, reiterando como fundamento de sus recursos la aplicación del artículo 48.2 de la LEBEPB.
4. El 8 de octubre 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, tras proponer la acumulación de los respectivos procedimientos, 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 constituye un derecho u obligación esencial ya que no forma parte de la estructura vertebral del estatuto funcionarial.

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 de la Directora de Atención Primaria, denegatorias de las solicitudes de días adicionales de permisos al amparo de la LEBP.

5. Por Orden Foral 492/2008, de 27 de noviembre, del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, se acumulan y se desestiman los recursos de alzada interpuestos, entre otros, por doña ..., don ..., doña ..., doña ... y doña ..., integrando en su texto iguales fundamentos y consideraciones jurídicas que las mantenidas en el ya citado informe jurídico que la precede.

Frente a la citada Orden Foral 429/2008, de 27 de noviembre, interpusieron los funcionarios mencionados un recurso contencioso-administrativo que, sustanciado en el Juzgado de lo Contencioso-

Administrativo nº 1 de Pamplona, concluyó con el dictado de la sentencia 270/2009, de 24 de septiembre, en la que, estimando el recurso, se declaró “que la Orden Foral 492/2008, de 27 de noviembre, del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, no es conforme a Derecho, por lo que se anula”. Fallo que fue objeto de posterior aclaración mediante Auto del mismo Juzgado de 2 de noviembre de 2009, conforme al cual se añade el siguiente párrafo al fallo anulatorio dictado: “debiéndose reconocer a los actores el derecho a los días adicionales de permiso retribuido por asuntos particulares correspondientes al año 2007 que se concretan en el fundamento de derecho quinto de la demanda, a disfrutar en el presente año 2009, o en su caso, en el año 2010, o subsidiariamente, se condena a la Administración demandada a hacerles pago del salario correspondiente a dichos días”.

En la fundamentación jurídica de la meritada sentencia se afirma la naturaleza estrictamente jurídica de la cuestión sometida al debate procesal y que la misma “en cualquier caso, ha sido ya objeto de estudio por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Navarra. Así el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 dictó sentencia de fecha 2 marzo de 2009, que la parte demandada aporta como inducta y que acoge la tesis de la Administración demandada en los términos que seguidamente se van a exponer, tesis a la que esta Juzgadora se adhiere por lo que se 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, en el fundamento de derecho cuarto, mantiene que “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.

6. Tras tener conocimiento del contenido de la sentencia, el Servicio de Régimen Jurídico del Servicio Navarro de Salud emite informe con fecha 6 de noviembre de 2009, proponiendo la incoación del procedimiento de revisión de oficio de la estimación por silencio administrativo de las solicitudes presentadas en reclamación de cuatro días adicionales de permiso retribuido en aplicación de la LEBEP, por considerar que la ampliación de los días de libre disposición no constituye un derecho u obligación esencial que la legislación estatal reconozca a los funcionarios públicos y, por lo tanto, al no ser un derecho esencial, no es aplicable a Navarra, donde existe un sistema normativo diferente y plenamente legal adecuado a la distribución de competencias en esta materia. Se invoca en dicho informe el criterio mantenido al respecto por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tribunal Superior de Justicia de Navarra en reiterados pronunciamientos, refiriéndose igualmente a las sentencias números 55 y 277 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº

3 de Pamplona, en Procedimientos 186 y 413 del 2008, referidas a esta misma cuestión de solicitud de permisos adicionales por personal del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea al amparo de la LEBEP, habiéndose desestimado los recursos interpuestos por los funcionarios frente a la denegación de dichos permisos por la Administración Foral.

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 supuesto 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.

7. Mediante Resolución 2036/2009, de 11 de noviembre, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, se acuerda la incoación del procedimiento de revisión de oficio de la estimación por silencio administrativo de las solicitudes presentadas por doña ... y otros, con fechas 9 y 23 de octubre de 2007, en las que solicitaron el derecho de disfrute de días adicionales de permiso, dando traslado de dicha resolución a doña ..., don ..., doña ..., doña ... y doña ... para que puedan formular las alegaciones que estimen pertinentes.
8. El 2 de diciembre de 2009 presentan los interesados un escrito de alegaciones, oponiéndose al procedimiento de revisión de oficio invocando fundamentalmente los siguientes motivos:
  - a) La existencia de una sentencia declarada firme por providencia de 16 de octubre 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, argumentan, 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. Admiten, en su caso, la revocación del

acto presunto si no hubiera existido un pronunciamiento jurisdiccional declarativo y condenatorio que reconoce una situación jurídica individualizada y condena al organismo demandado a posibilitar el disfrute en el año 2009 de los días adicionales de permiso retribuido para asuntos particulares correspondientes al año 2007. Coligen de todo ello que lo que realmente se pretende por la Administración Foral con el procedimiento de revisión incoado es incumplir el contenido del fallo de la sentencia firme dejando sin efecto el reconocimiento del derecho que en la misma se contiene.

- b) Subsidiariamente se oponen al procedimiento de revisión reiterando los argumentos efectuados en sus anteriores escritos sobre la aplicabilidad de la LEBEP al personal estatutario y no funcional del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.
  - c) Por último, invocan 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.
9. El Servicio de Régimen Jurídico del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea emite informe-propuesta que da lugar a la Resolución



2284/2009, de 18 de diciembre, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, que desestima las alegaciones formuladas por los interesados y eleva propuesta de revisión de oficio de la estimación por silencio administrativo de sus solicitudes de días de permiso adicionales.

Frente a la alegada imposibilidad de la revisión de oficio de actos administrativos declarados por sentencia firme, y por lo tanto con efectos de cosa juzgada, la resolución, tras citar nuestro dictamen 35/2009 (en realidad se trata de nuestro dictamen 39/2009) recuerda que la mencionada sentencia advierte que “procede estimar el recurso contencioso-administrativo, no tanto por la razón de fondo, sino precisamente por entender que se da el supuesto del efecto positivo del silencio administrativo”, añadiéndose al respecto que “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”, y concluyendo en este punto que “iniciar un procedimiento de revisión de oficio no supone un dislate jurídico como afirman los interesados 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.”

Finalmente 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 al personal adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

10. Mediante Orden Foral 4/2010, 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 las solicitudes formuladas por doña ..., don ..., doña ..., doña ... y doña ..., en reconocimiento del derecho al disfrute de días adicionales de permiso para 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 autor 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 del Servicio de Régimen Jurídico, habiéndose otorgado trámite de audiencia a los interesados que han formulado las alegaciones que a su derecho estimaron

convenientes. El procedimiento, por otra parte, se está tramitando dentro del plazo establecido por el artículo 102.5 de la LRJ-PAC, habiéndose procedido a su suspensión con ocasión de formularse la solicitud de nuestro dictamen, y 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).

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 las solicitudes de días adicionales de permiso solicitadas con pretendido amparo en 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 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 de reconocimiento de permisos retribuidos que ha sido declarado por sentencia judicial firme.

Así delimitadas las principales cuestiones jurídicas que plantea el supuesto sometido a nuestro dictamen debe señalarse que este Consejo ya ha tenido ocasión de informar un procedimiento análogo en el que concurría el planteamiento de idénticas cuestiones, de tal manera que no concurriendo aquí circunstancias nuevas o distintas del supuesto precedente deberemos reproducir la doctrina y conclusiones alcanzadas en nuestro dictamen 39/2009, de 5 de octubre.

Señalamos entonces que 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, estableciendo que el citado 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 y que 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 las sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pamplona ya citadas anteriormente y en las que, referidas a la cuestión aquí analizada de la aplicación del derecho contemplado en el artículo 48.2 de la LEBEP al personal adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, vino a rechazar esa aplicación desestimando los recursos contenciosos interpuestos.

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 días adicionales para asuntos particulares, con base en una normativa no aplicable al personal 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 propone 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, al igual que sucedía en el contemplado en nuestro anterior dictamen 39/2009 de 5 de octubre, 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 los solicitantes, 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 que nos ocupa.

Ahora bien, dicho lo anterior, aún queda por analizar si en el presente supuesto, tal y como invocan los interesados, existiendo una sentencia firme del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Pamplona, de 24 de septiembre de 2009, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden Foral 492/2008, de 27 de noviembre, del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, y les reconoce a los solicitantes el derecho a disfrutar los días adicionales de permiso retribuido por asuntos particulares correspondientes al año 2007, puede la Administración iniciar la vía de la revisión de oficio o si ésta sería contraria a lo establecido en 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 102 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, al igual que sucedía con el que diera lugar a nuestro dictamen 39/2009, 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 reconoce el derecho de los interesados al disfrute del permiso solicitado en cuanto 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 y que exige la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas (STC 22/2009, de 26 de enero).

El 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 del contenido literal de la sentencia, la estimación del recurso contencioso-administrativo se alcanza no por la legalidad intrínseca del permiso solicitado por los interesados sino por la preexistencia de su otorgamiento administrativo por la concurrencia del acto presunto, frente a la pretensión de la Administración de negar su propia existencia al amparo de una resolución tardía desestimatoria.

Es en estos términos en los que 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 un 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.

El Consejo de Navarra en anterior dictamen mantuvo el criterio, que ahora reiteramos, de que la declaración contenida en el fallo judicial no implica sino el reconocimiento de un previo acto administrativo presunto por el que la Administración Foral ya otorgó los permisos solicitados y, en consecuencia, el derecho de los solicitantes a su disfrute. Ello no implica necesariamente y en todo caso que ese acto administrativo presunto, como todo acto administrativo existente, no pueda 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 realizan los interesados, este Consejo de Navarra, a pesar de que tal invocación es más propia del proceso jurisdiccional que del procedimiento administrativo, tampoco puede compartir 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 las resoluciones administrativas tardías que, en sentido contrario al conferido legalmente al silencio administrativo producido, denegaron los permisos a días adicionales solicitados. 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 impeditivos para el ejercicio de la potestad revisora de los actos presuntos de obtención de días adicionales de permiso para asuntos particulares, 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 informa favorablemente la declaración de oficio de la nulidad de los actos de estimación por silencio administrativo de las solicitudes de disfrute de días adicionales de permiso, formuladas invocando la aplicación de la Ley 7/2007, del 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por doña ..., don ..., doña ..., doña ... y doña ....

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.