

Expediente: 6/2015

Objeto: Revisión de oficio de acto presunto estimatorio de licencia retribuida por cuidado de hijo menor.

Dictamen: 10/2015, de 13 de mayo

DICTAMEN

En Pamplona, a 13 de mayo de 2015,

el Consejo de Navarra, integrado por don Eugenio Simón Acosta, Presidente, doña María Asunción Erice Echegaray, Consejera-Secretaria, y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don José Iruretagoyena Aldaz, don José Antonio Razquin Lizarraga y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don José Iruretagoyena Aldaz,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª Consulta

Con fecha 6 de marzo de 2015 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito de la Presidenta del Gobierno de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.3 en relación con el artículo 16.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (desde ahora LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo sobre el expediente correspondiente al procedimiento de revisión de oficio del acto presunto estimatorio de la licencia retribuida por cuidado de hijo menor concedida a doña..., solicitado mediante Orden Foral 21/2015, de 4 de marzo, del Consejero de Fomento.

A la petición de dictamen se acompaña el expediente de revisión de oficio tramitado por el Departamento de Fomento del Gobierno de Navarra que incluye la propuesta de resolución consistente en la revisión de oficio del acto presunto estimatorio de la licencia retribuida por cuidado de hijo menor

de edad afectado por cáncer u otra enfermedad grave concedida a doña..., funcionaria adscrita al Servicio de Conservación del Departamento de Fomento, declarando nulo y sin efecto dicho acto.

I.2ª. Antecedentes de hecho

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

Primero.- Con fecha 20 de diciembre de 2013 doña... solicita licencia retribuida por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, en concreto reducción de media jornada laboral a partir del 15 de enero de 2014, al amparo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, originada por la enfermedad de su hija... nacida en mayo de 1999.

A la instancia acompaña un informe de la doctora..., de la Unidad de Endocrinología Pediátrica del Complejo Hospitalario de Navarra, en el que se indica que la joven... fue diagnosticada de diabetes Mellitus Tipo 1 o insulino-dependiente en septiembre de 2007. En el citado informe médico se indica que “dada la actividad física de la paciente y el nivel de competición se decide desde esta Unidad la colocación de un Infusor Continuo de Insulina para mejorar los controles y por lo tanto el rendimiento deportivo. Esta terapia supone una reeducación por parte de la familia y paciente que incluyen visitas semanales durante el primer mes y mayor número de controles”. Tras explicar qué supone el manejo del Infusor de Insulina y las pautas dadas para el correcto control de la diabetes, continúa señalando el informe médico que “en general (estos pacientes) no precisan ingresos hospitalarios ya que todos los cuidados diarios los realiza la familia en el domicilio. En caso de complicaciones o descompensaciones se procede al ingreso para reajuste metabólico. Además cuentan con asistencia telefónica directa del Equipo de Endocrinólogos y Enfermeras de la Unidad para poder resolver situaciones derivadas del cuidado de la diabetes. La diabetes es una enfermedad que a día de hoy no tiene curación por lo que el paciente

debe seguir un control estricto en su domicilio lo que disminuye el riesgo de las complicaciones a largo plazo”.

Segundo.- El 9 de enero de 2014 el Secretario General Técnico del Departamento de Fomento solicita, en relación a la petición de licencia retribuida formulada por doña..., y al amparo del apartado 9 del artículo 13 bis del Decreto Foral 11/209, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de vacaciones, licencias y permisos del personal funcionario de las Administraciones Públicas de Navarra (en lo sucesivo, RVLP), la emisión de informe al Servicio de Ordenación y Relaciones Laborales de la Dirección General de la Función Pública. Informe negativo que es emitido el 13 de enero de 2014 por la Jefa de la Sección de Inspección General y Asuntos Sindicales indicando que mediante Decreto Foral 5/2013, de 23 de enero, se modifica el RVLP añadiendo un nuevo artículo 13 bis en el que se regula la licencia retribuida por cuidado de hijo menor estableciendo que esta licencia, que no comporta reducción de las retribuciones, requiere la existencia de ingreso hospitalario de larga duración y la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor, concediéndose la licencia durante la hospitalización y el tratamiento continuado de la enfermedad. El informe indica que “en este caso los informes médicos presentados no acreditan la existencia de ingreso hospitalario de larga duración de la hija menor de la solicitante, por lo que procede desestimar la concesión de la licencia... ya que en este momento no se cumplen los requisitos fijados en la legislación vigente para el disfrute de la misma, sin perjuicio de que, en caso de cumplir los requisitos, pueda solicitarse de nuevo esta licencia retribuida”.

Mediante Resolución 61/2014, de 23 de enero, del Director General de Obras Públicas, haciendo suyas las consideraciones emitidas en el informe antes referenciado, se deniega la licencia retribuida solicitada por doña...

Tercero.- El 21 de febrero de 2014 doña... interpone recurso de alzada contra la Resolución.../2014, del Director General de Obras Públicas denegatoria de la licencia solicitada.

La interesada considera que la resolución recurrida es nula de pleno derecho por ignorar los efectos positivos del silencio dispuesto por el artículo

3 bis del RVLP que establece que el plazo máximo para resolver y notificar los procedimientos relativos a vacaciones, licencias y permisos es de veinte días y que transcurrido dicho plazo, sin haberse notificado resolución expresa, pueden considerarse estimadas por silencio administrativo las solicitudes efectuadas. Por lo tanto, continúa razonando la recurrente, no existiendo duda sobre el transcurso del plazo sin haber notificado resolución expresa, la solicitud de licencia debía entenderse concedida por silencio positivo, no siendo lícito, conforme al artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LRJ-PAC), que la resolución expresa tardía no sea confirmatoria del efecto positivo del silencio. Estando, por tanto, ante un verdadero acto declarativo de derecho “si la Administración entiende que en la petición de licencia retribuida no concurren los requisitos que fija el artículo 13 bis del RVLP, vendrá obligada a la revisión de oficio del acto administrativo finalizador del procedimiento y aquella revisión deberá ser conforme al procedimiento y con las garantías establecidas por el legislador, como son la audiencia del interesado y la consulta al Consejo de Navarra”.

En cuanto al fondo, la recurrente cita el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, que regula esta licencia retribuida en el sistema de la Seguridad Social y cuyo artículo 21 reconoce la licencia no sólo para los casos de ingreso hospitalario de larga duración en sentido estricto, al extenderla a los supuestos de “continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en el domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave”. Considera que el artículo 13 bis del RVLP que, al igual que el artículo 49.e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), limita la concesión del permiso para el cuidado de hijo menor afectado por cáncer o por otra enfermedad grave “que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente” debe interpretarse conforme a las recomendaciones que tanto la Defensora del Pueblo, como el Defensor del Pueblo de Navarra, han remitido a sus respectivas Administraciones. En concreto, señala que la Defensora del Pueblo dirigió recomendación a la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas expresando el trato

diferente de los empleados públicos y los trabajadores sujetos al régimen de la Seguridad Social y aconsejando el desarrollo reglamentario del artículo 46.e) del EBEP, recomendación que fue acogida por la Dirección General de la Función Pública que, el 26 de marzo de 2013, pasó a considerar que para el caso de enfermedad grave “el permiso se concederá tanto para el periodo de hospitalización como para el tratamiento continuado posterior”, de modo que “en el ámbito del Estado y para su personal funcionario (incluso para el que presta servicios en territorio de Navarra), se dispensa un tratamiento equivalente y no discriminatorio del reconocido por el Real Decreto 1148/2011 (...) y, en análogo sentido, entiendo, debe interpretarse la recomendación efectuada por el Defensor del Pueblo de Navarra en el caso de una solicitud formulada en el ámbito organizativo del Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local” (expediente 13/280)

El recurso de alzada termina solicitando el reconocimiento del derecho de la recurrente a disfrutar de la licencia retribuida consistente en reducción de media jornada para el cuidado de su hija y hasta su mayoría de edad y, subsidiariamente, en caso contrario al reconocimiento de lo solicitado, se ordene seguir el correspondiente procedimiento de revisión de la Resolución 61/2014, de 23 de enero, del Director General de Obras Públicas, al haberse dictado fuera de plazo y, consiguientemente, ser nula de pleno derecho.

Igualmente es preciso señalar que el 30 de junio de 2014 la interesada solicitó la emisión de certificado acreditativo de la concesión de la licencia retribuida otorgada mediante silencio positivo, certificado que no consta fuera emitido.

Cuarto.- Mediante Orden Foral 205E/2014, de 1 de julio, del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, se estima el recurso de alzada interpuesto por doña... frente a la Resolución 61/2014, de 23 de enero, del Director General de Obras Públicas, que denegaba la solicitud de licencia retribuida por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave. En la citada Orden Foral se analizan tanto las cuestiones formales como de fondo invocadas por la recurrente. Con respecto a las primeras, señala que

“coherente con la naturaleza del silencio positivo como acto administrativo declarativo de derecho, implica que si la Administración considera que el acto administrativo así producido es nulo o anulable, por aplicación de los artículos 62.1.f) o 63 de la antedicha Ley 30/1992, no podrá dictar una resolución expresa tardía denegatoria del derecho -posibilidad vedada por el artículo 43.3.c)-, sino que habrá de acudir al procedimiento de revocación de oficio contemplado en los artículos 102.1 -revisión de disposiciones y actos nulos- o 103 -declaración de lesividad de los actos anulables- respectivamente, de la misma Ley”.

Por lo que al fondo de la cuestión se refiere, la Orden Foral, tras analizar la normativa y recomendaciones de los Defensores del Pueblo, tanto estatal como navarro, concluye que del contenido del informe médico presentado por la recurrente “se deduce que no nos hallamos ante el supuesto recogido en el Real Decreto 1148/2011 -continuación de tratamiento médico o cuidado del menor en el domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por enfermedad grave-, ni en el regulado en el Decreto Foral -ingreso hospitalario de larga duración que requiera la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente- y en consecuencia, no reúne los requisitos para ser beneficiaria de una licencia retribuida por cuidado de hijo menor de edad afectado por cáncer u otra enfermedad grave”.

Finalmente, la parte dispositiva de la Orden Foral 205E/2014, estima el recurso interpuesto por la interesada y, en consecuencia, acuerda “concederle la licencia solicitada por aplicación de las reglas formales que determinan el sentido del silencio administrativo”.

Quinto.- El 2 de octubre de 2014 emite informe la Jefa de la Sección de Inspección General y Asuntos Sociales, con el visto bueno del Director General de la Función Pública, en el que de forma pormenorizada se analiza el origen y finalidad de la licencia retribuida por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, su regulación tanto a nivel estatal como foral, los requisitos exigidos por la norma para el nacimiento del derecho y termina concluyendo que “a la vista del informe médico presentado por doña... con su solicitud de licencia retribuida, no se

especifican los cuidados directos, continuos y permanentes extraordinarios que requiere el menor, derivados de la colocación de un infusor continuo de insulina y que le impidan o le han impedido durante un tiempo llevar una vida normal, que en el caso de la hija de doña... incluye, además de la escolarización propia de un menor de su edad, la práctica deportiva a un alto nivel competitivo, tal y como señala el informe”.

A la vista de los informes jurídicos emitidos y acreditado el hecho de que doña... viene haciendo uso de la reducción de jornada desde el 21 de julio de 2014, mediante Resolución 874/2014, de 9 de diciembre, del Director General de Obras Públicas, se acuerda la incoación del procedimiento de revisión de oficio de la estimación por silencio administrativo de la solicitud de licencia retribuida por cuidado de hijo mejor de edad afectado por cáncer u otra enfermedad grave formulada por doña..., funcionaria adscrita al Servicio de Conservación del Departamento de Fomento, para su declaración de nulidad al considerar la concurrencia del supuesto contemplado por el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC “por cuanto doña... disfruta de dicha licencia retribuida sin reunir los requisitos que establece para ello el artículo 13 bis del Reglamento de vacaciones, licencias y permisos del personal funcionario de las Administraciones Públicas de Navarra”, dando traslado del expediente a la interesada para que pueda alegar y presentar los documentos que interesen a su derecho.

Sexto.- El 30 de diciembre de 2014, doña..., tras haber comparecido y accedido a todos los documentos obrantes en el expediente (acta de audiencia suscrita el 17 de diciembre de 2014), presenta escrito de alegaciones al expediente de revisión de oficio al que adjunta, entre otros documentos, justificante de ingreso hospitalario de su hija de fecha 12 de septiembre de 2007, justificante de atención sanitaria, declaración médica actualizada y relación de consultas médicas efectuadas por su hija desde el 8 de noviembre de 2004 hasta el 20 de noviembre de 2014.

En su escrito de alegaciones, la interesada critica la, en su opinión, indeterminación del procedimiento al considerar que no se sabe con certeza cual es el objeto de la revisión “si el acto presunto declarativo de derechos o

la Orden Foral del Consejero de Presidencia que estima el recurso y concedió la licencia solicitada” e, igualmente, considera que se le niega información a la que tiene derecho con arreglo a la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto, lo que le está ocasionando una clara situación de indefensión.

En cuanto al fondo, critica el informe de 2 de octubre de 2014 emitido por la Jefa de Sección de Inspección General y Asuntos Sindicales al contener afirmaciones que no se recogen en los textos legales, invocar legislación estatal y foral, y realizar una interpretación restrictiva del artículo 13 bis del RVPL. Considera que el precepto no impide que el hijo menor afectado por una enfermedad grave pueda hacer una vida normal, estar escolarizado o realizar actividad deportiva, para la concesión de la licencia retribuida. La interesada considera que es suficiente con estar en tratamiento médico y al cuidado del menor en el domicilio tras la hospitalización y diagnóstico por enfermedad grave; que su hija fue hospitalizada en 2007 cuando debutó la diabetes y, desde entonces y para siempre, debe estar en tratamiento médico, siendo necesario el cuidado directo, continuo y permanente para evitar los graves riesgos derivados de las hipoglucemias y que, desde que debutó la enfermedad, ha acudido a más de 120 consultas de especialista. Termina solicitando que se deje sin efecto el procedimiento de revisión y, caso contrario, solicita que en el “posterior trámite ante el Consejo de Navarra se le conceda la audiencia prevista en el artículo 33 del Decreto Foral 90/2007, tras completar el expediente que remitan a dicho Consejo con toda la información que señala y a la que les obliga la citada Ley Foral 11/2012”.

Séptimo.- Con fecha 20 de enero de 2015, el Secretario General Técnico del Departamento de Fomento solicita del Servicio de Ordenación y Relaciones Laborales de la Dirección General de la Función Pública informe a las alegaciones formuladas por doña... y, ese mismo día, se le notifica que, de conformidad con lo establecido en el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC, el plazo para resolver el expediente queda suspendido durante el plazo de emisión del citado informe.

El 20 de febrero de 2015 vuelve a emitir informe la Jefa de la Sección de Inspección General y Asuntos Sindicales en el que se limita a analizar la cuestión de fondo y no las quejas procedimentales al considerar que ello no es de la competencia de función pública. En cuanto al fondo, el informe, tras transcribir literalmente el contenido íntegro del artículo 13 bis del RVLP, considera que, para que se pueda conceder la licencia retribuida, es necesario que “concurran una serie de requisitos: que se trate de un hijo o acogido menor de 18 años, que ambos progenitores trabajen, que el menor padezca una de las enfermedades comprendidas en el Real Decreto 1148/2011, que dicha enfermedad implique un ingreso hospitalario de larga duración y que dicha enfermedad requiera cuidado directo, continuo y permanente del menor por el funcionario progenitor, adoptante o acogedor”. Se argumenta que se trata de un permiso de carácter extraordinario con una finalidad muy concreta como es la de cuidar a un hijo menor en tanto en cuanto este no puede valerse por si mismo y que pierde todo su sentido si ese hijo puede realizar las actividades normales propias de su edad. Concluye el informe indicando que aún cuando la hija de doña... pueda requerir una atención especial y mayor que la de cualquier otro menor afectado por enfermedad no grave, ello no conlleva necesariamente que se tenga derecho a la licencia retribuida si no concurren el resto de los requisitos exigidos por el artículo 13 bis del RVLP.

Octavo.- El 4 de marzo de 2015 informa el Técnico de Administración Pública, Rama Jurídica, del Departamento de Fomento, con el visto bueno del Secretario General Técnico, considerando que el procedimiento de revisión se ha tramitado correctamente, que el acto objeto de revisión es el acto presunto estimatorio generado por el efecto positivo del silencio dispuesto por el artículo 3 bis del RVLP, que el procedimiento seguido es el previsto en el artículo 102 de la LRJ-PAC al concurrir el supuesto contemplado en su artículo 62.1.f), al disfrutar de una licencia retribuida sin reunir los requisitos esenciales que establece para ello el artículo 13 bis del RVLP, tal y como ponen de manifiesto los informes emitidos por la Dirección General de Función Pública, recuerda que debe recabarse el preceptivo dictamen de este Consejo de Navarra que deberá ser favorable y recomienda que la Orden Foral que someta a consulta la propuesta de

revisión acuerde la suspensión del plazo para resolver durante el tiempo que tarde la emisión del referido dictamen preceptivo.

Noveno.- El 4 de marzo de 2015, el Secretario General Técnico del Departamento de Fomento elabora la propuesta de Orden Foral de revisión de oficio del acto presunto estimatorio de la licencia retribuida concedida a doña... y, ese mismo día, el Consejero de Fomento dicta la Orden Foral 21/2015, por la que se nos solicita la emisión del correspondiente dictamen preceptivo, a la vez que se acuerda la suspensión del plazo para la resolución durante el periodo que este Consejo de Navarra requiera para la emisión del presente dictamen, lo que se notifica a la interesada.

Décimo.- Con fecha 30 de abril de 2015 tiene entrada en este Consejo de Navarra escrito de doña..., presentado en trámite de audiencia que ante este Consejo se le concedió mediante Resolución 20/2015, de 7 de abril, del Presidente del Consejo de Navarra. En dicho escrito la interesada se reafirma en las alegaciones formuladas el 27 de marzo de 2015 y, además, considera que el informe de 20 de octubre de 2014, suscrito por la Jefa de la Sección de Inspección General y Asuntos Sindicales con el visto bueno del Director General de Función Pública, que fundamenta el informe de la Secretaría General Técnica proponiendo la incoación del expediente de revisión de oficio, no debe ser tenido en cuenta ya que considera que “es un documento que no ha sido enviado, no ha sido recibido, nadie lo ha solicitado y no va dirigido a nadie...”

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

La presente consulta somete a dictamen de este Consejo el expediente de revisión de oficio del acto presunto estimatorio de la licencia retribuida por cuidado de hijo menor de edad afectado por cáncer u otra enfermedad grave concedida a doña..., funcionaria adscrita al Servicio de Conservación del Departamento de Fomento.

De acuerdo con los artículos 16.1.i) de la LFCN, 102.1 de la LRJ-PAC y 53.3 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, el dictamen del Consejo de Navarra en el presente asunto tiene carácter preceptivo, exigiéndose, además, que sea favorable.

II.2ª. 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), transcurrido el cual se producirá la caducidad del mismo (si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio) o se podrá entender desestimada la petición por silencio administrativo (si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado). Dicho plazo, conforme al artículo 42.5.c) del mismo texto legal, podrá ser suspendido por el tiempo que medie entre la petición de dictamen y su recepción, sin que en ningún caso exceda de tres meses, si así se acuerda por la Administración que tramita el procedimiento, debiendo comunicarse tanto la petición como la recepción del informe a los interesados. 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 caso examinado, el procedimiento de revisión se ha iniciado de oficio por la propia Administración actora del acto presunto cuya revisión se pretende previos los informes jurídicos que aconsejan su incoación, se ha dado trámite de audiencia al interesado, se han ponderado y desestimado

las alegaciones presentadas y se ha elaborado la propuesta de resolución que ha sido remitida a este Consejo de Navarra para la emisión del dictamen preceptivo y vinculante, habiéndosele dado, igualmente, trámite de audiencia ante este órgano consultivo.

El procedimiento, por otra parte, se está tramitando dentro del plazo establecido por el artículo 102.5 de la LRJ-PAC, habiéndose dispuesto por la Administración proponente la suspensión del procedimiento de revisión de oficio con ocasión de la solicitud del presente dictamen y durante el tiempo que medie hasta su emisión.

En consecuencia, el procedimiento de revisión se está tramitando adecuadamente con arreglo a las exigencias establecidas por el ordenamiento jurídico.

II.3ª. Marco jurídico de aplicación

Como resulta de la precedente relación fáctica, la presente consulta versa sobre la revisión de oficio promovida por el Departamento de Fomento del Gobierno de Navarra del acto presunto estimatorio de la licencia retribuida por cuidado de hijo menor de edad afectado por cáncer u otra enfermedad grave concedida a doña..., funcionaria adscrita al Servicio de Conservación del Departamento de Fomento.

Por lo tanto, la cuestión que se suscita está directamente relacionada con la materia de función pública sobre la que la Comunidad Foral de Navarra tiene competencia exclusiva al amparo de lo establecido por la disposición adicional primera de la Constitución y el artículo 49.1.b) de la Ley Orgánica 13/1992, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra que, en lo que afecta a la cuestión debatida, fue ejercitada mediante el 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 por el RVLP que, en su artículo 13.bis, aprobado mediante Decreto Foral 11/2009, de 9 de febrero, regula la licencia retribuida por cuidado de hijo menor de edad afectado por cáncer u otra enfermedad grave, en los siguientes términos:

1. El personal funcionario tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo de la mitad de su duración, sin reducción de las retribuciones, para el cuidado del hijo menor de edad afectado por cáncer o por otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente. Excepcionalmente, la reducción de jornada podrá alcanzar un porcentaje superior, como máximo hasta el 75 por 100, cuando se acredite debidamente su necesidad para el cumplimiento de la finalidad de la licencia.

2. La licencia se concederá durante la hospitalización y el tratamiento continuado de la enfermedad del hijo y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años.

3. La acreditación de que el menor padece cáncer u otra enfermedad grave, así como la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad se efectuará mediante declaración cumplimentada por el facultativo del Servicio Público de Salud responsable de la atención del menor. Si el menor estuviese incluido como beneficiario en el régimen especial del mutualismo administrativo, la acreditación será efectuada por el facultativo de tal entidad.

4. A efectos de la concesión de la licencia retribuida regulada en este artículo, tendrán la consideración de enfermedades graves las incluidas en el listado del sistema de la Seguridad Social que sirve de base para la concesión de la correspondiente prestación económica.

5. Será requisito para la concesión de la licencia que ambos progenitores trabajen. El personal funcionario únicamente tendrá derecho a la percepción de sus retribuciones íntegras en el supuesto de que el otro progenitor no sea beneficiario de la prestación que le corresponda por este motivo en el régimen de previsión social que le resulte de aplicación. En el caso de que ambos progenitores sean funcionarios sólo uno de ellos tendrá derecho a no ver reducidas sus retribuciones por el disfrute de esta licencia.

6. En el supuesto de que el personal funcionario tenga más de un hijo menor en el que concurren las circunstancias que dan derecho al disfrute de esta licencia, se podrá conceder la licencia que corresponda por cada uno.

7. Con carácter general, la reducción de la jornada deberá disfrutarse diariamente y coincidir con las primeras y/o últimas horas de la jornada que tenga establecida el funcionario, de acuerdo con las necesidades del servicio. Siempre que resulte compatible con el

funcionamiento correcto del servicio, podrá acumularse la reducción en jornadas completas y cómputo mensual como máximo.

8. La licencia retribuida regulada en este artículo se aplicará igualmente en los casos de adopción y de acogimiento de carácter preadoptivo o permanente.

9. La concesión de esta licencia en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos se efectuará previo informe emitido por la Dirección General de Función Pública tras la verificación del cumplimiento de los requisitos fijados para el disfrute de la misma.

II.4ª. Improcedencia de la revisión de oficio

En la cuestión que se nos somete a consulta, revisión de oficio del acto presunto estimatorio de la licencia retribuida por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave concedida a doña..., existen dos posiciones claramente diferenciadas.

De un lado, la de la propia Administración iniciadora del procedimiento de revisión que considera, a la luz de la redacción literal del artículo 13 bis del RVLP, que para que surja el derecho a la licencia retribuida es necesario la concurrencia de una serie de requisitos, en concreto: que se trate de un hijo menor de 18 años, que ambos progenitores trabajen, que el menor padezca una de las enfermedades comprendidas en el Real Decreto 1148/2011, que dicha enfermedad implique un ingreso hospitalario de larga duración y que la enfermedad que padezca el menor requiera un cuidado directo, continuo y permanente del menor por el funcionario progenitor, adoptante o acogedor que solicite el permiso, añadiendo que dado el carácter extraordinario del permiso (licencia retribuida) sólo puede entenderse desde una finalidad muy concreta que no es otra que la de atender al menor, que no puede valerse por sí mismo, en todo lugar y momento, perdiendo todo su sentido si el hijo menor, a pesar de la enfermedad grave que padezca, puede realizar y realiza las actividades propias de su edad, estando escolarizado y practicando actividad deportiva a nivel de competición, supuesto en el que carece de sentido que el funcionario disfrute de licencia retribuida durante media jornada laboral para atender a su hijo menor cuando este hijo menor se encuentra, en ese

momento, escolarizado. La Administración considera, por tanto, que el acto presunto estimatorio por silencio de la licencia retribuida concedida al amparo del artículo 13. bis del RVLP es nulo de pleno derecho al concurrir el supuesto contemplado en el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, al haber adquirido por silencio positivo facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

Por su parte, la interesada discrepa de la interpretación de la Administración y considera, con apoyo en la regulación contenida en el Real Decreto 1148/2011, artículo 13.bis del RVLP y recomendaciones de la Defensora del Pueblo y del Defensor del Pueblo de Navarra, que la interpretación que mantiene la Administración revisora no es acertada, siendo suficiente, para disfrutar del derecho a la licencia retribuida, que el hijo menor padezca alguna de las enfermedades graves señaladas en el Real Decreto 1148/2011, que haya sido hospitalizado en algún momento por tal enfermedad y requiera, tras la hospitalización, continuar con la atención continua y permanente, cuestión esta que no implica que el enfermo no pueda llevar una vida normalizada haciendo las actividades propias de su edad. En definitiva, la interesada considera inadecuada la interpretación de la Administración por lo que se opone a la propuesta de revisión que se nos formula.

Expuestas ambas posiciones, son precisas dos consideraciones preliminares antes de entrar en el fondo del asunto. De un lado, nuestro análisis ha de ceñirse estrictamente al limitado marco de la revisión de oficio y de la nulidad de pleno derecho; y, de otro, el principio de congruencia y el carácter extraordinario de este procedimiento imponen que la ponderación de la procedencia de la revisión de oficio haya de ajustarse a los términos en que se ha ejercido la acción de revisión por la Administración instructora.

Como ha recordado este Consejo en numerosas ocasiones (por ejemplo, dictámenes 23/2008, 6/2006, 41/2002 y 6/2001), la nulidad de pleno derecho se configura legalmente como el máximo grado de invalidez de los actos y se reserva a aquellos casos de vulneración grave del ordenamiento jurídico, debiendo, por tanto, ser ponderada con criterios estrictos y de

prudencia, dado su carácter excepcional, caso por caso. Así pues, la potestad de revisión de oficio de los actos propios tiene carácter excepcional y requiere, por ello, una ponderación estricta del vicio considerado.

La LRJ-PAC sanciona con la nulidad “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición” [artículo 62.1.f)]. Para la concurrencia de esta concreta causa de nulidad, aducida en este caso, no basta la infracción del ordenamiento, sino que, además, es precisa la carencia de los requisitos esenciales para la adquisición de las facultades o derechos. Como ya declaramos en nuestro dictamen 57/2005, de 1 de diciembre, en cuanto a la consideración de qué elementos han de ser calificados de esenciales o no para la posible aplicabilidad del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, ha de partirse de la distinción entre requisitos necesarios y requisitos esenciales, ya que no todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de esenciales. El carácter esencial es un concepto jurídico indeterminado, pero determinable teniendo en cuenta las circunstancias de cada supuesto, referido a las condiciones relevantes e inexcusables, cuya falta impide la generación de la facultad o derecho; se refiere a una infracción cualificada, cuando el acto se funda en hechos o requisitos inexistentes o inadecuados para la adquisición de las facultades o derechos, es decir, cuando faltan los requisitos determinantes o sustanciales para el nacimiento mismo de la situación o derecho. Así pues, la falta de los requisitos esenciales sólo puede apreciarse en los casos extremos de ausencia de un presupuesto inherente a la estructura misma del acto sin el cual éste carecería absolutamente de base.

En el supuesto regulado por el artículo 13. bis del RVLP, de la redacción literal del precepto y de la finalidad teleológica del mismo, a juicio de este Consejo de Navarra, son requisitos esenciales para poder disfrutar de la licencia retribuida la concurrencia de los siguientes elementos: tener un hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave de las incluidas en el Real Decreto 1148/2011, que dicha enfermedad grave haya requerido un ingreso hospitalario de larga duración y que durante su ingreso y posterior

tratamiento el hijo menor requiera del funcionario beneficiado por la licencia retribuida un cuidado directo, continuo y permanente.

Como es fácilmente comprensible estamos ante una licencia de carácter especial, retribuida, con la finalidad de atender a una situación de extrema gravedad y necesidad, no siendo suficiente con que el hijo menor padezca una enfermedad grave, que requiera atención y tratamiento continuado; la finalidad y la literalidad del precepto exigen la necesidad de que el funcionario beneficiado se dedique de modo directo, continuo y permanente a la atención del hijo menor enfermo, no siendo, por tanto, de aplicación en aquellos supuestos en que enfermedades graves, incluso incurables, que requieran atención y tratamiento continuado, no exijan necesariamente la dedicación personal y directa del funcionario a la atención del menor.

Este Consejo de Navarra, sin desconocer la delicada situación personal y familiar de la interesada, ni la gravedad y trascendencia de la enfermedad que padece su hija y la atención que pueda requerir, estima que falta el elemento esencial para la obtención del derecho a la licencia retribuida cual es la exigencia de cuidado directo, continuo y permanente, requisito esencial que no resulta concurrente a la luz de la actividad diaria que realiza la hija que le permite una escolarización normalizada e incluso el ejercicio de una actividad deportiva a nivel de competición. En consecuencia, este Consejo de Navarra considera que nos encontramos ante el supuesto de nulidad de pleno derecho contemplado en el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, al haberse adquirido por silencio positivo derechos y facultades careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que procede la revisión de oficio del acto presunto estimatorio de la licencia retribuida por cuidado de hijo menor de edad afectado por cáncer u otra enfermedad grave concedida a doña..., funcionaria adscrita al Servicio de Conservación del Departamento de Fomento.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.