

En Logroño, a 21 de junio de 2011, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana, emite, por mayoría y con un voto particular, el siguiente

DICTAMEN

40/11

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud, actuando también como Presidente del Servicio Riojano de Salud (SERIS), en relación con el *procedimiento de revisión de oficio del reconocimiento por el citado organismo de los servicios prestados por D. J. F. S., Facultativo Especialista del Área de Hematología.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Mediante *solicitud de reconocimiento de trienios para personal estatutario temporal y funcionarios interinos del SERIS* (modelo normalizado por la Instrucción de 11 de mayo de 2007, de la Dirección General de Recursos Humanos Sanitarios), fechada el 25 de julio de 2007, el antes citado Facultativo solicitó el reconocimiento de trienios, para lo que aportó certificados de servicios previos prestados en el Hospital de Navarra (Servicio Navarro de Salud/Osasunbidea), en el Hospital Zumárraga (Servicio Vasco de Salud/Osakidetza), en el Hospital *San Pedro* (mediante certificación de la Dirección de Gestión de Personal del SERIS) y en la C. U. de N.

Segundo

El 23 de mayo de 2008, la Dirección de Gestión de Personal del Área de Salud de La Rioja del SERIS emitió una Resolución, reconociendo al solicitante un trienio adscrito al Grupo A, para el que se ha computado el tiempo de servicios prestado por el mismo en la C. U. de N. (un total de cuatro años).

Tercero

Mediante escrito de 25 de febrero de 2011, con fecha de entrada en la Dirección General de Recursos Humanos el 28 de febrero, el Director de Gestión de Personal del Área de Salud de la Comunidad Autónoma de La Rioja comunica a la Dirección General de Recursos Humanos que los servicios prestados en la C. U. de N. no deberían haber sido computados en aplicación de la normativa básica aplicable, especialmente la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública.

Cuarto

El 4 de marzo de 2011, el Presidente del SERIS dicta una Resolución de iniciación del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 23 de mayo de 2008 antes expresada; suspende la ejecución de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley 30/92; y atribuye la instrucción del procedimiento de revisión de oficio al Servicio de Recursos Humanos de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Salud.

Quinto

Con fecha 10 de marzo de 2011, se notificó al solicitante la Resolución de iniciación del procedimiento de revisión de oficio, concediéndole un plazo de 10 días para presentar alegaciones; no habiéndose recibido alegación alguna al respecto. Dicha Resolución también se notificó al Servicio de Salud de N. el 10-02-2011 y al Director de Gestión de Personal del Área de Salud de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Sexto

Con fecha 13 de abril de 2011, dicta Propuesta de resolución el Presidente del SERIS, por la que propone declarar nula la Resolución de 23 de marzo de 2008, de reconocimiento del tiempo de servicios prestados por el solicitante, de conformidad con el artículo 48.1.b) de la Ley 4/05, de 1 de junio, de Funcionamiento del Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, y se propone que el órgano competente dicte nueva Resolución de reconocimiento de servicios prestados por dicho solicitante.

Séptimo

El 5 de mayo de 2011, los Servicios Jurídicos informan que procede la revisión de oficio de la Resolución de reconocimiento de servicios prestados por el solicitante, de fecha 23 de mayo de 2008, por apreciar la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho del art. 62.1, f) de la Ley 30/92.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 11 de mayo de 2011, registrado de entrada en este Consejo el 16 de mayo de 2011, el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja, actuando también como Presidente del SERIS, remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 16 de mayo de 2011, registrado de salida el 17 de mayo de 2011, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del dictamen del Consejo Consultivo.

El art. 102 de la Ley 30/1992 establece la posible revisión de disposiciones y actos nulos de pleno Derecho por las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el art. 11. f) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la D.A. 2ª de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, concordante con el art. 12.2.f) de su Reglamento Orgánico y funcional, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, dispone que el Consejo Consultivo de la Rioja emitirá dictamen, preceptivamente, en los asuntos relativos a la *"revisión de oficio de los actos administrativos, en los casos y con los efectos previstos en la legislación vigente"*.

Por lo demás, nuestro Dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el citado art. 102.1 LPAC tiene carácter preceptivo y constituye un requisito procedimental habilitante previo de la ulterior decisión revisora de la Administración, que sólo puede declarar la nulidad del acto si es favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada, convirtiéndose, en caso contrario, en obstativo de la revisión (cfr, entre otros, D.65/04, F.J 1).

En cuanto al contenido del Dictamen, necesariamente debe versar sobre el cumplimiento de los requisitos y garantías del procedimiento especial de revisión de actos nulos y los motivos de nulidad contemplados en el art. 102, en relación con el art. 62 de la Ley 30/1992, en el caso sometido a examen de este Consejo.

Segundo

Órgano competente para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio.

El artículo 102 LPAC establece que:

"Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plaza, en los supuestos previstos en el artículo 62.1".

La competencia para iniciar el procedimiento de revisión de oficio corresponde al Presidente del SERIS, en virtud del artículo 48.1 a) de la Ley 4/2005 de 1 de junio, de Funcionamiento y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que establece que *"los procedimientos de revisión de actos nulos se iniciaran por el órgano autor del acto o a solicitud de persona interesada"*. Y ello, porque la Resolución de 23 de mayo de 2008, de la Dirección de Gestión de Personal del Área de Salud de La Rioja (SERIS), de reconocimiento de tiempo de servicios prestados a los funcionarios interinos y personal estatutario del SERIS, a favor del solicitante, se dictó en aplicación del apartado Quinto, punto f), de la Resolución de 20 de octubre de 2008, del Presidente del Organismo Autónomo Servicio Riojano de Salud (SERIS), por la que se delegan determinadas competencias en diversos órganos (B.O.R. de 5 de noviembre), y que literalmente establece:

"Quinto. Delegación de competencias en el Director de Gestión de Personal del Área de Salud de La Rioja. 1. El Director General de Personal, en el ámbito del Área de Salud de La Rioja, bajo la supervisión del Director General de Recursos Humanos de la Consejería de Salud, ejercerá, por delegación del Presidente del organismo, las siguientes competencias:...f) La Resolución para el reconocimiento de trienios, expedición de certificados y reconocimiento de servicios previos en las Administraciones Públicas, de conformidad con las previsiones contenidas en la Ley 70/1975, de 26 de

noviembre."

La competencia para resolver el procedimiento de revisión de oficio corresponde al Consejo de Gobierno de La Rioja en virtud del artículo 48.1 b) de la Ley 4/2005, de 1 de junio, en relación con el artículo 86.5 de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja.

Tercero

Sobre el cumplimiento de los requisitos y garantías del procedimiento especial de revisión

De conformidad con el artículo 102.5 LPAC, el plazo de caducidad de procedimiento es de tres meses desde su inicio. La instrucción del procedimiento de revisión requiere: i) Resolución de inicio; ii) audiencia al interesado, por un plazo como máximo de 15 días, de conformidad con el art. 84 LPAC; iii) Propuesta de resolución; iv) informe de los Servicios Jurídicos en la Consejería de Salud, de acuerdo con el art. 8 del Decreto 42/2008, de 27 de junio, por el que se modifica el Decreto 21/2006, de 7 de abril, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Dirección General de los Servicios Jurídicos; y v) Dictamen favorable del Consejo Consultivo de La Rioja, de conformidad con los arts. 102 LPAC y 11.f), de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Primero de este Dictamen.

De los hechos y antecedentes que obran en el expediente administrativo, se desprende que se ha cumplido el procedimiento establecido. Mediante la Resolución del Presidente del SERIS, de 4 de marzo de 2011, se inició el procedimiento de revisión de oficio (págs. 15 y 15 vto del expediente). Se cumplió el trámite de audiencia del interesado (pág 16), aunque éste no formulara alegación alguna; y consta, asimismo, la existencia de propuesta de declaración de nulidad del acto administrativo, formulada por el Presidente del SERIS, de 13 de abril de 2011, que concluye en los términos expresados en el Antecedente de Hecho Sexto de este Dictamen. Además, puede concluirse que la tramitación del procedimiento se produce dentro del plazo establecido legalmente; máxime cuando puede producirse la suspensión del mismo, en aplicación del art. 42.5, c) LPAC, desde el momento de solicitar informe a este Consejo Consultivo, hasta el momento en que éste sea emitido; ya que el citado precepto establece:

"c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que debere comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensicin no podrá exceder en ningún caso de tres meses".

Por lo demás, en lo relativo a la tramitación del procedimiento, en este caso, se han

cumplido los requisitos establecidos en los arts. 39 y 40 del citado Decreto 8/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y funcional de este Consejo Consultivo.

Cuarto

Sobre la concurrencia de la causa de nulidad del art. 62.1, f) LPAC en la Resolución de 23 de mayo de 2008, sobre reconocimiento de tiempo de servicios prestados por el solicitante

Con fecha 23 de mayo de 2008, la Dirección de Gestión de Personal aprobó la Resolución de reconocimiento de tiempo de servicios prestados a favor del solicitante. En dicho reconocimiento, se contempla un periodo de trabajo prestado por el mismo en la C. U. de N. que, en función del marco normativo aplicable (especialmente la Ley 70/1978), no debería haberse computado. Dicho periodo abarca 4 años completos (del 17/07/2001 al 16/07/2005; periodo formativo de Médico Residente), que supone el perfeccionamiento de un trienio a fecha 9 de octubre de 2004.

Ante las circunstancias descritas, el Presidente del SERIS plantea la revisión de oficio de dicha Resolución en los términos establecidos en la Ley 30/1992 y su normativa autonómica correspondiente, especialmente el artículo 86 de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud.

El procedimiento especial de revisión de los actos nulos declarativos de derechos se encuentra regulado en el art. 102 LPAC, y los actos objeto de revisión son los que incurran en alguno de los supuestos previstos en el art. 62.1 LPAC, según el cual, son nulos de pleno Derecho los actos de las Administraciones Públicas en él numerados, siempre que se haya puesto fin a la vía administrativa. Y, en este caso, el supuesto de nulidad aducido para fundar la declaración de nulidad es el contenido en el art. 62.1, f) LPAC, según el cual son nulos de pleno Derecho *"los actos de las Administraciones Públicas... 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"*.

Por tanto, los requisitos exigidos por la norma que tipifica este supuesto de nulidad son dos:

-De una parte, que el acto cuya nulidad se pretende carezca de los "requisitos esenciales" para la adquisición del derecho o facultad del que se trate. Y, para que el requisito exigido pueda calificarse de esencial, es preciso que se refiera a las condiciones del

objeto o del sujeto sobre el que recaiga la actividad. Y la ausencia de requisitos esenciales debe ser incontrovertible para que pueda producirse la nulidad. Todo ello, según hemos declarado en dictámenes anteriores (cfr. D.46/08), en base a la doctrina del Consejo de Estado (cfr. DD. núms. 2133/96, 1494/97, 2897/00 y 3336/00, entre otros) y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. STS de 6 de mayo de 2009).

-De otra parte, es necesario que el acto determine el nacimiento de un derecho o una facultad; y la referencia a “derechos o facultades”, siguiendo la mas autorizada doctrina científica, citada por los Servicios Jurídicos en su informe de 5 de mayo de 2011, se refiere, no sólo a “*casos en que a la Administración corresponde verdaderamente construir derechos*” (nombramiento, concesiones), sino también a “*todos aquellos en que la acción administrativa posibilite le efectividad de las facultades o derechos*” (autorizaciones en sus diferentes regímenes).

En consecuencia, la procedencia de la declaración de nulidad de la Resolución de 23 de mayo de 2008, dependerá de la concurrencia de ambos requisitos, que permitan concluir que tal reconocimiento de servicios y, más particularmente, de un trienio, se obtuvo careciendo de los requisitos esenciales para ello.

1. Sobre la prestación de servicios en la Función pública como requisito esencial para el reconocimiento de trienios.

En efecto, la exégesis de la causa de nulidad recogida en el artículo 62.1f) LPAC se centra en la interpretación que deba darse a la esencialidad de los requisitos a cuya falta se refiere el precepto. No se trata de una cuestión baladí ya que, si por esencial se entiende cualquier requisito material o formal que falte al acto, la Administración podrá revisar sus actos prácticamente sin límites en cuanto que no habría ninguna diferencia entre nulidad y mera anulabilidad; y, si se limita drásticamente el contenido de lo esencial, entonces todo lo demás, aunque sea ilegal, podría entenderse adquirido de manera irrevisable.

En este sentido, la ya citada Sentencia del TS de 6 de mayo de 2009 concluye que la expresión “*requisitos esenciales*” no puede ser interpretada tan ampliamente que incluya dentro de ellos cualquier condición o exigencia necesaria para la validez del acto administrativo declarativo de derechos, pues, de obrarse así, se reconduciría a la categoría de nulidad radical cualquier simple ilegalidad, con lo que se prescindiría de la categoría de los actos anulables porque todos serían actos nulos de pleno derecho. La esencialidad ha de predicarse exclusivamente de los vicios de nulidad consistentes en la ausencia de *presupuestos de hecho que, en cada caso, han de concurrir necesariamente*. En este sentido, la S. TS de 28 de noviembre de 2008 establece que tan sólo pueden reputarse esenciales *los requisitos mas significativos y directa e indisociablemente ligados a la*

naturaleza misma del derecho o facultad adquirido por virtud del acto administrativo.

Esta jurisprudencia recepciona la línea interpretativa, ya diseñada por el Consejo de Estado, según la cual el citado artículo 62.1.f) LPAC debe ser objeto de una interpretación estricta (DD: 4.786/98, 1.537/99 y 2.897/00) para evitar una interpretación excesivamente amplia y expansiva del concepto de “requisitos esenciales” a estos efectos.

El Consejo de Estado ha precisado que la calificación de *esenciales* debe reservarse a aquellos requisitos que sean absolutamente necesarios para la adquisición del derecho o facultad de que se trate (D. 3.344/00), por cuanto una interpretación amplia de los mismos “comportaría fácilmente una desnaturalización de las causas legales de invalidez, dado que la carencia de uno de ellos determinaría de modo automático la nulidad de pleno derecho, vaciando de contenido unos pocos supuestos de simple anulabilidad (DD 2.454/94, 822/95, 3.157/95, y 1.979/94, entre otros muchos). En este sentido, cabe recordar la distinción realizada por el Consejo, entre “requisitos necesarios” y “requisitos esenciales” (DD. 2.454/94/ antes citado, 5.577/97, 5.796/97 y 1.530/2002, entre otros)

Pues bien, en relación con este requisito, se ha pronunciado reiteradamente el Consejo de Estado, generando una consolidada doctrina, según la cual *la prestación de servicios por parte del empleado público en la función pública es un "requisito esencial" para el reconocimiento de trienios* (Dictámenes 312/2001, de 1 de marzo; 249 a 252/2001, de 19 de abril; 3432/2002, de 23 de enero de 2003; 2616/2003, de 18 de septiembre; 2958 a 2960/2003; 2770 a 2772, 2774 y 2776/2003, de 2 de octubre). En particular, el Dictamen 312/2001, con cita de otros similares (DD. núms. 1611/99 y 2664/00), se refiere a la consolidación indebida de sexenios por quien carece de los requisitos esenciales para ello según la normativa aplicable.

Esta doctrina del Consejo de Estado ha sido recogida por los diferentes Órganos Consultivos de las CCAA, que, si bien no se han pronunciado sobre el caso particular del reconocimiento de los Servicios prestados por los Médicos Internos Residentes (MIR), a los que se refiere el caso objeto del presente dictamen, han entendido nulos de pleno derecho los actos de reconocimiento de servicios prestados por no haber cumplido el requisito temporal exigido, al no haber prestado servicios efectivos durante el tiempo correspondiente (Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, DD 213/08 y 11/09, 112/02/, 320/04, 149/05, 504/04, 405/06, 168/07 y 183/07); por no ser el solicitante funcionario del Grupo correspondiente al solicitarlo (Consejo Jurídico de la Comunidad Valenciana (D.551/09); porque la actividad desempeñada para el sector público no lo ha sido en las funciones docentes para las que el trienio se solicita (Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, DD. 259/09, 260/09 y 362/09); porque la actividad principal tiene lugar en otra Administración Pública (Consejo Consultivo de Castilla y León, D. 1.145/2008); o *porque los servicios no han sido prestados en el sector público, sino en una empresa pública que no*

forma parte de la Administración institucional (Consejo Consultivo de Castilla y León, D 801/2009).

En particular, este último Dictamen (CC Castilla y León, D. 801/2009), se expresa en los siguientes términos:

“Este Consejo Consultivo se muestra conforme con el sentido de la propuesta de orden , ya que sostener lo contrario llevaria a una contravención del artículo 1.1 del Real Decreto 1461/1982, de 25 de junio, por el que se dictan normas de aplicación de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, que dispone que "A efectos de perfeccionamiento de trienios, se computaran todos los servicios prestados por los funcionarios de carrera en cualquiera de las Administraciones Públicas citadas en el artículo 1 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, sea el que fuere el régimen jurídico en que los hubieran prestado.

Si bien este precepto, por el momento en que fue redactado, tan solo contempla el reconocimiento de servicios previos a "los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, de la Local, de la Institucional, de la de Justicia, de la Jurisdicción del Trabajo y de la Seguridad Social", en el momento actual el concepto de Administración Pública resulta mas amplio, aunque en este no cabe incluir a las empresas públicas, ya que han quedado fuera del concepto de Administración Institucional.

Ello se pone de manifiesto en diversos preceptos de distintas normas que contienen una definición del sector público, al integrar a las empresas públicas en este, pero no en la Administración Pública. A titulo de ejemplo puede citarse el artículo 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector y en el ámbito autonómico, el artículo 2 de la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de la Hacienda y del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León.

De este modo, resulta procedente la declaración de nulidad del Acuerdo de 4 de febrero de 2009, del Secretario General de la Consejería de Educación, sobre el reconocimiento de tiempo de servicios previos a Dña. XXX”.

2. Sobre el régimen jurídico del reconocimiento de los servicios prestados en la Función Pública.

El régimen jurídico del reconocimiento de servicios prestados en la Administración pública se encuentra en la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, aplicable al personal estatutario a través del Real Decreto 1181/1989, de 29 de septiembre. El artículo 1.2 de la Ley 70/1978 dispone que:

"Se consideran servicios efectivos todos los indistintamente prestados a las esferas de la Administración Pública señalados en el párrafo anterior, tanto en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino), como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral, se haya formalizado o no documentalmente dichos contratos".

El concepto de "esferas de la Administración Pública", incluye al Estado y sus organismos autónomos (Administración Institucional y Administración de la Seguridad Social), según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, SSTTS de 26 de enero de

1995 y 16 de enero de 1998), y no comprende, por tanto, a las entidades privadas. Y la C. U. de N. es privada; de manera que el reconocimiento del tiempo de prestación de servicios en ella por el solicitante -desde 17-07-01 al 17-07-05 (total 4 años)-, no se encuadra dentro del concepto de "*esfera de la Administración pública*", al tratarse, como indican los Servicios Jurídicos, de un centro de la U. de N., perteneciente a la Prelatura personal del O. D. institución de la Iglesia Católica. Es, pues, una institución no administrativa sino privada, que no está incluida en el ámbito objetivo de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre; de manera que la prestación de servicios en la misma no puede ser reconocida como servicios previos en la Administración pública, aunque esté concertada con el Servicio Navarro de Salud a ciertos efectos asistenciales limitados y aunque esté habilitada como institución académica para impartir las enseñanzas del programa formativo MIR.

Por lo demás, en el expediente administrativo, consta una "certificación de servicios previos" emitida, conforme al Anexo I del Real Decreto 1181/1989, en fecha 24 de abril de 2008, con firma y sello de la U. de N. (pág. 10). El artículo 3 del Real Decreto 1181/1989, establece que:

"Las certificaciones de servicios computables seran expedidas, cuando se trate de servicios prestados fuera de las instituciones sanitarias del INSALUD, por los jefes de las unidades de personal de los correspondientes institutos o servicios, ministerios, organismos autónomos, entidades o corporaciones donde los citados servicios hubieran sido prestados. Tratándose de servicios prestados dentro de las instituciones sanitarias del INSALUD, las certificaciones de servicios computables seran expedidas por el correspondiente Director provincial del Instituto Nacional de la Salud o por el Gerente o Director de la institución sanitaria, con el visto bueno del Director provincial.

Dichas certificaciones se ajustaran al modelo que figura como Anexo I de este Real Decreto, y expresaran la categoría o, caso de servicios prestados fuera del ambito de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, el nivel de proporcionalidad que, por analogia proceda, que corresponda a los servicios prestados en cada periodo de tiempo, de conformidad con las titulaciones y requisitos que tenia el interesado cuando prestó los servicios objeto del reconocimiento y el puesto de trabajo efectivamente desempeñado. En el caso de prestación de servicios no formalizados documentalmente las certificaciones expresaran, asimismo, los medios de prueba admisibles en Derecho que se hayan tenido en consideración para expedirlos".

La citada certificación fue emitida por la U. de N. en un impreso normalizado de los que se emplean en los Servicios públicos de Salud (probablemente, por efecto reflejo de algún Acuerdo del Gobierno foral de Navarra sobre reconocimiento de servicios previos, como el de 29 de octubre de 1981), ofreciendo así una apariencia de legalidad que genera su confusión con un acto administrativo. Pero, como indican los Servicios Jurídicos en el informe emitido al respecto, en modo alguno el mero uso por una entidad privada de un impreso normalizado por la Administración pública, en el sentido previsto en la Ley 70/1978, convierte su actuación en administrativa. Además, el art. 53 de la Ley 30/92, establece que son actos

administrativos los que dictan las Administraciones públicas, y en consecuencia, la certificación emitida por la C. U. de N. carece del carácter de acto administrativo.

El acto administrativo que se revisa de oficio, reconoce al solicitante un trienio del Grupo A, a fecha 9-10-2004 (del 17-07-01 al 16-07-05), computando unos 4 años como Médico Interino Residente en la C. U. de N.. En consecuencia, en el citado reconocimiento de trienios producido por la Resolución de 23 de mayo de 2008, se ha tenido en cuenta un periodo de prestación de servicios en una entidad privada que implica el perfeccionamiento de "trienio", a 9 de octubre de 2004, al que legalmente no tenía derecho.

Acreditado que no se dan los presupuestos de hecho imprescindibles para el nacimiento del derecho en la esfera del interesado y que el mismo (Facultativo Especialista del Área de Hematología) adquirió derechos o facultades (reconocimiento de servicios previos prestados en la C. U. de N. por el periodo 17-07-01 al 16-07-05), careciendo de los requisitos esenciales para ello, concurre la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.f) LPAC en la Resolución de reconocimiento de servicios prestados, de fecha 23 de mayo de 2008, sólo en la parte referente al reconocimiento de servicios prestados durante dicho período.

En efecto, dicha nulidad es parcial, es decir, limitada al reconocimiento de los servicios prestados en la C. U. de N., siendo válida en todo lo demás la Resolución de reconocimiento de servicios previos, ya que la nulidad parcial de un acto administrativo no afecta a la validez y eficacia del resto del contenido del mismo que se conserva incólume, con arreglo al principio de conservación de los actos administrativos. Tal doctrina fue mantenida por este Consejo en el D. 15/99.

Quinto

Improcedencia de la revisión de oficio en el presente caso

1. En el Fundamento de Derecho anterior, hemos expuesto con detalle que la Resolución cuya revisión de oficio se pretende es un acto administrativo parcialmente nulo de pleno Derecho ex art. 62.1, f) LPAC, en cuanto que reconoce al interesado unos servicios previos prestados en una entidad privada, es decir, no perteneciente a la Administración pública, ni siquiera entendida ésta en sentido amplio como sector público, siendo tal

pertenencia al sector público un requisito esencial exigido por la Ley 70/1978, reguladora del reconocimiento de tales servicios previos.

Ésta es la doctrina que, a juicio de este Consejo Consultivo, debe seguirse en esta materia, por lo que, en lo sucesivo, no deben reconocerse servicios previos que no hayan sido prestados a la Administración pública entendida ésta en el antes referido sentido amplio.

2. Sin embargo, en el presente caso concreto, concurren unas circunstancias especiales que hacen improcedente el ejercicio de la potestad administrativa de revisión de oficio del acto nulo de pleno Derecho que nos ocupa y que nos inducen a aplicar el art. 106 LPAC, que establece los límites legales de la referida potestad revisora.

En efecto, una cosa es que un acto sea inválido por adolecer de alguno de los vicios de legalidad a los que la legislación anuda la nulidad de pleno Derecho (actos nulos de pleno Derecho del art. 62 LPAC) o presentar cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (actos anulables del art. 63 LPAC, en relación con el art. 70.2 LJCA) y otra cosa distinta es que tales actos inválidos puedan ser revisados de oficio por la Administración pública; ya que el ejercicio de la potestad revisora que los arts. 102 y 103 LPAC reconocen a la Administración respecto a sus propios actos declarativos de derechos que sean, respectivamente, nulos de pleno Derecho o anulables, no es una potestad irrestricta, sino sujeta a límites, no sólo causales y procedimentales, esto es, *intrínsecos*, como son los derivados de los dos preceptos citados (que exigen para ello, bien la concurrencia de determinados vicios causantes de la nulidad y dictamen habilitante del Alto Órgano Consultivo, en caso de los actos nulos de pleno Derecho; bien la previa declaración administrativa de lesividad y la posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en el caso de actos anulables), sino también *extrínsecos*, como son los señalados en el art. 106 LPAC, a cuyo tenor *“las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando, por prescripción de acciones por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las Leyes”*. Lo cual implica, en definitiva, la posibilidad de que actos inválidos (nulos o anulables) puedan no ser objeto de revisión de oficio, cuando concurren en el caso concreto circunstancias, intrínsecas o extrínsecas, que impidan el ejercicio de dicha potestad revisora.

Esta aparente paradoja es así porque la posibilidad de revisión de sus propios actos declarativos de derechos constituye una de las más intensas potestades de las que aparece revestida la Administración pública y que resulta exorbitante con respecto a la situación de los particulares, para quienes, salvo en los limitados casos en que el ordenamiento jurídico permite, excepcionalmente, la autotutela de sus propios derechos, la regla general es la heterotutela, por la que han de recabar el auxilio del poder público y, en concreto, del

Judicial (arts. 9 y 24 CE), no sólo para el reconocimiento, defensa y satisfacción de los propios derechos (art. 117.3 y 4 CE), sino también para revisar o revocar, en todo o en parte, los derechos conferidos a otra persona mediante un contrato (art. 1.256 Cc) o una promesa unilateral vinculante que ha generado en el tráfico una apariencia jurídica que debe protegerse (como ha admitido la jurisprudencia; cfr SSTS 7-06-99 y 28-09-88, entre otras).

Sin embargo, la Administración pública, a diferencia de los particulares, está investida como poder público, del formidable privilegio de la autotutela por el que puede declarar (art. 57 LPAC), ejecutar (art. 56 LPAC) y revisar de oficio (arts. 102 a 106 LPAC) sus propios actos declarativos de Derecho, cuando entienda que son inválidos, sin perjuicio de la posterior revisión judicial de la legalidad de los mismos (art. 106.1 CE).

Esta diferencia radical con respecto al régimen común de los particulares es la que explica que el ejercicio de la potestad administrativa de revisión haya sido sometida por el legislador a los estrictos y antes referidos límites causales y procedimentales, entre los que destaca el preceptivo, previo y habiente dictamen del Alto Órgano Consultivo correspondiente, que, en el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, es este Consejo Consultivo. Tales límites, a los que se unen los señalados en el art. 106 LPAC, constituyen otras tantas garantías para el ciudadano con las que la ley ha querido equilibrar el formidable privilegio que supone invalidar de oficio un acto administrativo firme y favorable a los particulares por motivos de legalidad.

3. Pues bien, así expuesta la doctrina general sobre la potestad revisora y sus límites, procede ahora examinar las especiales circunstancias que, a juicio de este Consejo Consultivo, concurren en el concreto acto nulo que nos ocupa y que determinan la inaplicabilidad al mismo, al amparo del art. 106 LPAC, de la potestad administrativa de revisión.

A) En primer lugar, aunque el ejercicio de la potestad revisora de actos nulos no está sujeta a plazo (cfr. art. 102 LPAC), el tiempo transcurrido desde el reconocimiento del trienio cuestionado (en el año 2008) indica una permisividad y tolerancia de la Administración, que ha producido en el interesado una situación de apariencia de legalidad productora de efectos jurídicos (antigüedad) y económicos (trienios), que podemos calificar como de *confianza legítima*, cuya eliminación, mediante revisión de oficio, sería contraria a la buena fe que debe presidir toda actuación administrativa.

El principio de respeto a la confianza legítima generada por la Administración procede

del Derecho alemán, de donde lo tomó el Derecho Comunitario Europeo (cfr. SSTJUE de 22 de marzo de 1961 y de 13 de julio de 1965, asunto *Lemmerz-Werk*) y ha sido recibido por la jurisprudencia española del TS (desde la STS de 1 de febrero de 1990 hasta la STS de 25 de febrero de 2010, que recoge otras intermedias) y del TC (cfr. STC de 4 de octubre de 1990), de donde la tomó la reforma de 1999 operada en el art. 3.1 LPAC, cuyo segundo inciso precisa que las Administraciones públicas “*deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima*” que, como declaramos en D.3/03 y D. 4/03, no son condiciones *subjetivas*, sino principios que deben ponerse en relación con la actuación administrativa *objetivamente* producida en el caso.

La observancia de estos principios resulta aún más relevante en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, como son las de empleo público, pues la situación de *ius strictum* a la que es sometido el personal de la Administración en todo su *status* jurídico debe ser correspondida con una actuación igualmente dirigente y ajustada a Derecho de la Administración empleadora, en todo lo referente al régimen jurídico de la relación de servicios con su personal, sin que resulte conforme a la buena fe y a la confianza legítima, objetivamente entendidas, volver sobre un acto administrativo declarativo de derechos que ya es firme y que ha sido consentido y ejecutado durante varios años por la Administración en las respectivas nóminas mensuales libradas a favor del interesado.

B) Por otro lado, y aunque, como se ha razonado antes, la prestación de servicios al sector público es requisito esencial para el reconocimiento de los mismos a efectos de antigüedad y trienios, la Administración no cuestiona en ningún momento la condición estatutaria del interesado, ni su formación y titulación académica, ni la realidad de los servicios efectivamente prestados en la sanidad privada, como tampoco su capacitación profesional para el desempeño de las funciones médico-asistenciales en la sanidad pública, circunstancias todas ellas que fueron tenidas en cuenta por este Consejo para aplicar el art. 106 LPAC e impedir una revisión de oficio de un acto administrativo de mayor relevancia que el que ahora nos ocupa, como era el reconocimiento de una Especialidad médica a un determinado Facultativo que venía ejerciéndola *de facto* durante varios años con tolerancia de la Administración sanitaria (D. 36/05).

C) En tercer lugar, concurren en este caso otras circunstancias que hacen que el ejercicio de la potestad revisora resulte contrario a la equidad, límite al que también alude el art. 106 LPAC, como son el hecho de que los servicios prestados en régimen “MIR” en clínicas públicas son reconocidos a efectos de antigüedad y trienios, cuando tienen los mismos efectos formativos y asistenciales que los prestados, en el mismo régimen “MIR” en clínicas privadas, especialmente cuando, como sucede en el presente caso con la CUN, las mismas están concertadas con la Sanidad pública para impartir esta formación médica e incluso para prestar, en ciertos casos y condiciones, asistencia sanitaria a los afiliados a la

Seguridad Social. Señalamos esta circunstancia porque los servicios prestados durante el período “MIR” no sólo tienen un componente formativo y académico, sino también asistencial y prestacional de servicios sanitarios, los cuales, aunque sean indirectamente, se dirigen también a la sanidad pública cuando hayan podido traducirse en asistencia a afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Además de inequitativo, un tratamiento desigual de periodos formativos que objetivamente son idénticos en su contenido, podría ser considerado, a efectos del respeto al principio y derecho constitucional de igualdad (arts. 9.3 y 14 CE) como carente de una justificación razonable y suficiente entre quienes han desempeñado las mismas funciones sanitarias de formación y asistencia durante dichos períodos, con la única diferencia del distinto régimen jurídico subjetivamente aplicable a las entidades hospitalarias correspondientes.

D) En suma, razones de lapso temporal, buena fe, confianza legítima y equidad, entre otras, hacen que, en este caso, la seguridad jurídica representada por el mantenimiento de la eficacia del acto nulo deba ser preservada, al amparo del art. 106 LPAC, y no proceda, por tanto, la revisión de oficio del mismo.

Así pues, este Consejo estima que, si bien el acto dictaminado es parcialmente nulo de pleno Derecho, sin embargo, en el concreto caso que nos ocupa y exclusivamente en el mismo, habida cuenta de las especiales circunstancias concurrentes, no procede ejercitar la potestad administrativa de revisión de oficio del art. 102 LPAC, en relación con el art. 61.1.f) LPAC, sino que lo procedente es no aplicarla, y ello al amparo de la excepción contenida en el art. 106 LPAC.

Este pronunciamiento del Consejo no significa, por tanto, que los servicios prestados en régimen “MIR” en clínicas privadas, como es la CUN, deban ser reconocidos con carácter general en lo sucesivo, al menos mientras no sea modificada la normativa vigente; ni que el presente dictamen pueda servir como precedente para impedir la revisión de oficio o la declaración de lesividad de otros actos administrativos de reconocimiento de servicios previos en los que no concurren las especiales circunstancias del art.106 LPAC que el Consejo ha apreciado en el presente caso.

CONCLUSIONES

Primera

La Resolución de 23 de mayo de 2008, por la que se reconocieron al D. J. F. S., a efectos de antigüedad y trienios, los servicios previos prestados en régimen “MIR” en la C. U. de N., es un acto administrativo nulo de pleno Derecho *ex art. 62.1.f LPAC*, exclusivamente en lo relativo a dicho reconocimiento, ello por los razonamientos contenidos en el presente dictamen.

Segunda

No obstante lo anterior, no procede la revisión de oficio del referido acto administrativo, por concurrir en el caso concreto las circunstancias obstativas del art. 106 LPAC, tal y como se ha razonado en el presente dictamen.

Tercera

Al no proceder la revisión del acto nulo, este continuará surtiendo todos sus efectos.

Cuarta

El presente dictamen no implica que, en lo sucesivo y mientras se mantenga en vigor la actual normativa, la Administración pública riojana deba reconocer los servicios previamente prestados en régimen “MIR” en clínicas privadas, ni impedir la tramitación del procedimiento de revisión de oficio o declaración de lesividad de otros casos en los que no concurren las especiales circunstancias que, por aplicación del art. 106 LPAC, la hacen improcedente en el presente, a juicio de este Consejo Consultivo.

VOTO PARTICULAR FORMULADO POR EL CONSEJERO D. PEDRO DE PABLO CONTRERAS.

A mi juicio, el Consejo Consultivo de La Rioja no debe emitir dictamen favorable a la declaración de oficio, incoada por la Administración, de la nulidad parcial de la Resolución de reconocimiento de servicios prestados (trienios) a D. J. F. S..

La invalidez o nulidad de los actos administrativos consiste siempre en la vulneración

de las normas imperativas a que debe sujetarse en todo caso la Administración al dictar sus resoluciones (arts. 9.1, 9.3 y 103.1 CE). A partir de ahí, la LPAC distingue la *anulabilidad* (art. 63), que es la categoría general de invalidez, y la *nulidad de pleno derecho* (art. 62.1), que es una categoría especial de los actos inválidos, cualificada exclusivamente por su tipificación legal y expresa por el legislador.

Esta distinción resulta sustancial para resolver la cuestión sometida al dictamen de este Consejo. En efecto, como consecuencia de la garantía constitucional de “*la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*” (art. 9.3 CE), los actos administrativos firmes vinculan a la Administración; si ésta los estimara inválidos, la regla general es la atribución a la misma de legitimación para —previa la necesaria *declaración de lesividad*— pedir que declare su invalidez la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 103 LPAC); y, por último y como excepción, sólo puede declarar tal invalidez la Administración por sí misma —a través de la *revisión de oficio*— si la infracción del ordenamiento jurídico determinante de aquella tiene inequívoco encaje en alguna de las causas de *nulidad de pleno derecho* que tipifica el art. 62.1 LPAC (art. 102.1 LPAC). De hecho, es la vinculación de la revisión de oficio al art. 9.3 CE la que explica que el art. 102 LPAC considere, no meramente orientador, sino habilitante para la Administración —o sea, atributivo de legitimación a ésta para que pueda declarar la nulidad del acto—, la emisión de “*previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”.

Esta doctrina sustancial y previa debe tenerse necesariamente en cuenta, a mi juicio, para interpretar correctamente el art. 62.1.f) LPAC, según el cual “*los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos*”, que, en principio, son anulables (art. 63.1 LPAC), pasan a ser nulos de pleno derecho “*cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*”. Cuando, como ocurre en este caso, el art. 102.1 LPAC remite al 62.1.f) LPAC, no puede la Administración declarar de oficio la nulidad del acto por apreciar que éste se dictó vulnerando cualquier norma imperativa —lo que le hace simplemente anulable—, sino limitando el juicio de contraste a una parte muy especial de lo establecido por éstas que, teniendo en cuenta la literalidad del segundo de los preceptos citados, no puede ser sino la que determine imperativamente la *aptitud legal o legitimación* del sujeto beneficiario para poder adquirir o ser titular de la facultad o el derecho que le hubiere conferido la resolución.

De ahí que, a mi juicio y en conclusión, ni la revisión de oficio puede tener por objeto la declaración de la nulidad parcial de un acto o resolución administrativa firme (aquí, la exclusión de la Resolución de reconocimiento de servicios de los prestados como MIR en un centro privado, con mantenimiento de los demás), ni puede declararse su nulidad de pleno derecho al amparo del art. 62.1.f) LPAC cuando el sujeto no carece de los requisitos esenciales para la adquisición del derecho (aquí, la condición de personal estatutario del

Servicio Riojano de Salud) sino que la vulneración legal se limita a la extensión o contenido de éste y no a su existencia.

En definitiva, lo que pone de manifiesto el expediente es que la Administración considera contrario al ordenamiento jurídico el cómputo de los servicios prestados que ella mismo hizo en la primera Resolución; y que, a partir de ahí, lo que pretende aquélla —como concluye la Propuesta de resolución— es que, revocando la anterior, “*el órgano competente dicte nueva resolución de reconocimiento de servicios prestados*”. Con ello, sin embargo, lo que, en último término, hace la Administración es admitir que el interesado reúne los *requisitos esenciales* que le legitiman para que le sean reconocidos servicios a los que la ley anuda consecuencias económicas, lo que impide calificar a la primera Resolución como nula de pleno derecho *ex art. 62.1.f) LPAC*, pues la causa de invalidez que contempla este precepto consiste en la imposibilidad de reconocer al beneficiario derecho alguno. Por eso, el objetivo perseguido por la Administración sólo es coherente con la anulabilidad del acto, pues sólo ésta permite que subsista el derecho, obligando tan sólo la infracción del ordenamiento a modificar su contenido, que es justamente lo que en este caso se pretende.

Es más, aunque se discrepara de la anterior premisa, la cuestión de fondo sometida a nuestro dictamen es de solución dudosa si se tiene en cuenta la extensión del reconocimiento de trienios a los funcionarios interinos o personal laboral por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público; la retroactividad de ésta que deriva de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su reciente Sentencia de 22 de diciembre de 2010, basada en el principio de igualdad y en la aplicación a estas hipótesis de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y en el del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el Anexo de dicha Directiva; y la eventual incidencia de dicha Sentencia en una posible extensión del Acuerdo adoptado por el Gobierno de Navarra (en 1993 y, al parecer, aún vigente), sobre reconocimiento de los servicios prestados como MIR en la C. U. de N., cuando éstos van seguidos por más de dos meses de prestación de servicios en el Servicio Navarro de Salud, en el cual trabaja hoy el interesado en comisión de servicios. Pues bien, en mi criterio, si la complejidad de la cuestión no excluye en absoluto la posible anulabilidad parcial del acto, sí que impide en cambio calificar al requisito que eventualmente falta como *esencial* en el sentido y con la finalidad con que emplea este término el art. 62.1.f) LPAC.

Por todo ello, estimo que el dictamen de este Consejo Consultivo no puede ser favorable a la revisión de oficio, por no poder ser calificado el acto que se pretende revisar como nulo de pleno derecho al amparo del art. 62.1.f) LPAC. Sí que cabe, en cambio, que las infracciones del ordenamiento que la Administración estima concurrentes en la Resolución de 23 de mayo de 2008 provoquen la anulabilidad parcial de ésta en cuanto al reconocimiento de

los servicios controvertidos, aspecto en el que no resulta aplicable el art. 106 LPAC y que, por no haber transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años que establece el art. 103.2 LPAC, le permite declarar su lesividad y plantear luego la cuestión a los órganos competentes de la jurisdicción contencioso-administrativa (cfr. arts. 63 y 103 LPAC).

Este es el Dictamen, con voto particular, emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero