

Expediente: 15/2023

Objeto: Revisión de oficio y declaración de nulidad de la Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre, de la Directora General de Función Pública, por la que se nombra personal funcionario al servicio de la administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, para desempeñar el puesto de trabajo de celador y se les adjudica plaza.

Dictamen: 24/2023, de 6 de junio

DICTAMEN

En Pamplona, a 6 de junio de 2023

el Consejo de Navarra, integrado por don Alfredo Irujo Andueza, Presidente; don Hugo López López, Consejero-Secretario; doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Luis Goñi Sein y don José Iruretagoyena Aldaz, Consejera y Consejeros,

siendo ponente doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I. 1ª. Solicitud y tramitación de la consulta

El día 11 de abril de 2023 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1, en relación con el artículo 14.1 de la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra (desde ahora, LFCN), se recaba la emisión del dictamen preceptivo de este Consejo sobre el procedimiento de revisión de oficio y declaración de nulidad de la Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre, de la Directora General de Función Pública, por la que se nombra personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, para desempeñar el puesto de trabajo de celador y se adjudica plaza, iniciada a instancia de don.... A la petición de dictamen se acompañan

las actuaciones seguidas y el expediente administrativo instruido para resolver la revisión de oficio solicitada.

De la información resultante del expediente facilitado a este Consejo y de la documentación que lo integra pueden destacarse los siguientes hechos y actuaciones principales:

Primero.- Por Resolución 811E/2019, de 2 de julio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, se aprobó el texto de la convocatoria para la provisión, mediante concurso- oposición, de 110 puestos de trabajo de Celador del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, y para la constitución, a través de las pruebas selectivas, de listas de personas aspirantes al desempeño de dichos puestos de trabajo tanto mediante contratación temporal como por promoción interna temporal, siendo publicada en el Boletín Oficial de Navarra, número 130, de 5 de julio de 2019.

En la base 1.2 de la Resolución se establecía, en cuanto a la provisión de plazas: «a) 12 puestos reservados para el turno de personas con discapacidad».

En el apartado de requisitos de las personas aspirantes, base 2.1.3, se disponía que: «Los aspirantes al turno reservado para personas con discapacidad, además de los requisitos señalados para los del turno libre, deberán tener reconocida oficialmente una discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100».

En la base 3, relativa a las solicitudes y documentación, en su apartado 3.2.2 se fijaba que:

«Estarán exentos del pago de la tasa:

a) Las personas con discapacidad de grado igual o superior al 33%.

Dicha exención deberá acreditarse mediante uno de estos documentos:

- Certificado expedido por el Imsero u órgano competente de la Comunidad Autónoma.
- Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social por la que se reconoce el derecho a la percepción de prestación por Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez».

La base 4.6 disponía que: «El hecho de figurar en la relación de admitidas no prejuzga que se reconozca a las personas interesadas la posesión de los requisitos exigidos en el procedimiento que se convoca mediante la presente resolución. Cuando de la documentación que se debe presentar en el caso de superar el procedimiento selectivo se desprenda que no poseen alguno de los requisitos, las personas interesadas decaerán en todos los derechos que pudieran derivarse de su participación en este procedimiento».

Segundo.- Por Resolución 3441E/2019, de 28 de octubre, del Director de Profesionales del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, se aprueba la lista definitiva de las personas aspirantes admitidas y excluidas al citado proceso, publicándose en el Boletín Oficial de Navarra, número 222, de 11 de noviembre de 2019. En la citada lista figuraba como aspirante, dentro del turno reservado para personas con discapacidad, don....

Tercero.- Por Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre, de la Directora General de Función Pública, se efectúa el nombramiento del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, para desempeñar el puesto de trabajo de celador y adjudicación de plazas; publicándose ésta en el Boletín Oficial de Navarra número 21, de 31 de enero de 2022.

Cuarto .- Con fecha 1 de febrero de 2022, las personas que concurrieron al concurso oposición por el turno de reserva de discapacidad procedieron a la toma de posesión como funcionarios de las plazas adjudicadas por la Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre.

Quinto.- Con fecha 1 de septiembre de 2022, don..., aprobado sin plaza por el turno de reserva para personas con discapacidad, presentó un escrito en el que solicitaba que se declarase de oficio la nulidad de pleno derecho de la Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre, de la Directora General de Función Pública, por cuanto de la adjudicación de las doce plazas de celador reservadas para el turno de las personas con discapacidad, cinco de ellas «no tienen reconocida dicha condición», habiendo quedado por su parte en la decimocuarta posición. A tal fin argumenta que a esas cinco personas se les había reconocido dicha condición para el acceso al turno reservado por ser

pensionistas de incapacidad permanente en aplicación del artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su inclusión social (en adelante RD Legislativo 1/2013) , que fue declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Supremo 993/2018, de 29 de noviembre 2018.

En el escrito se indica que la «admisión y nombramiento de esas personas incide de modo negativo y desfavorable sobre los derechos y expectativas profesionales de quien suscribe en su condición de persona con discapacidad con un grado de 49% reconocido por el organismo competente que ha superado el proceso selectivo para desempeñar el puesto de trabajo de celador por el turno de reserva para personas con discapacidad y no ha obtenido plaza, vulnerando así su derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución Española».

Se afirma que concurren las causas de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) por concurrir actos que lesionan los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, concretamente el artículo 23.2 de la Constitución Española (en adelante, CE) que establece el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes; y en la causa de nulidad establecida en el artículo 47.1.f) de la LPACAP, al mediar un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquieren facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, esto es tener reconocida la condición de persona con discapacidad en grado igual o superior al 33%.

Se indica que la petición de revisión de actos nulos no se encuentra sometido a plazo alguno. Y, con transcripción de la STS de 24 de febrero de 2021, número 254, se apunta que la facultad de revisión de oficio no puede considerarse que sea, en el presente caso, contraria a la equidad, buena fe, al derecho de los particulares o las leyes. A tal efecto se dice que si bien las cinco personas que no cumplen con la condición de personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 % son terceros de buena fe, éstas no ostentan el

derecho que se les ha otorgado por medio de acto nulo al acceso al empleo público, puesto que no cumplen con los requisitos necesarios para poseer dicha condición.

En cuanto al marco normativo, indica que el reconocimiento del grado de discapacidad se encuentra previsto en el artículo 1 del Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, que remite al artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, que establece:

«2. Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (...)

Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional».

Este precepto dice que sólo es de aplicación al personal referido en el artículo 1.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y no es aplicable a los efectos del acceso al empleo público para el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

En relación con ello, también señala el escrito, que «(e)n este sentido, lo cierto es que la regulación es competencia exclusiva de la Comunidad Foral de Navarra, en este caso concretamente es de aplicación el Decreto Foral 347/1993, de 22 de noviembre, por el que se regula el ingreso y la provisión de puestos de trabajo en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, que no

contiene previsión alguna sobre cuál es la definición de persona con discapacidad a esos efectos».

Igualmente, alude a la refundición de la normativa estatal referida por el RD Legislativo 1/2013, cuyo artículo 4.2 señalaba:

«2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos».

Y pone de relieve que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la sentencia de 993/2018, de 29 de noviembre, indicó que:

«el RD Legislativo 1/2013 ha incurrido en un exceso en el mandato de legislación delegada al modificar el contenido de las normas legales que debía integrar en el texto refundido.

Modificación que es de carácter sustancial puesto que llega hasta el punto de reconocer un grado de discapacidad del 33% “a todos los efectos” a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, que no exclusivamente a los efectos de aquella Ley, variando de esta forma y de manera esencial el mandato recibido por el legislador....

Cuestión de la que se deriva que aquel reconocimiento quedara limitado únicamente a los efectos de dicha ley».

En el escrito se indica que:

«Esta Sentencia supuso la ineficacia jurídica del citado artículo, impidiendo el reconocimiento, a todos los efectos, del grado de discapacidad igual o superior al 33% a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, limitándolo únicamente a los efectos de dicha Ley.

En este sentido, es cierto que el artículo 37 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en su apartado 3, establece que el acceso al empleo público se

regirá por lo dispuesto en la normativa reguladora de la materia, que como ya hemos dicho, en ámbito estatal es el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, mientras que lo cierto es que la regulación es competencia exclusiva de la Comunidad Foral de Navarra, siendo concretamente de aplicación el Decreto Foral 347/1993, de 22 de noviembre, por el que se regula el ingreso y la provisión de puestos de trabajo en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, que no contiene previsión alguna sobre cuál es la definición de persona con discapacidad a esos efectos».

De todo ello se deduce que ha de aplicarse el artículo 4.3 del RD Legislativo 1/2013, y para el acceso al empleo público por el turno de reserva para personal con discapacidad, esta deberá ser valorada por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente y acreditada conforme al régimen de los artículos 6 y 10 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. Afirmándose que «el criterio seguido por la Dirección General de Función Pública en la equiparación de pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad a personas con un grado de discapacidad igual o superior a 33 por 100 no está amparado por la legislación vigente aplicable y en consecuencia el nombramiento de estas personas como personal funcionario accediendo por el turno de reserva es nulo de pleno derecho».

Por lo que se refiere a la concurrencia del vicio de nulidad radical del 47.1.a) de la LPACAP, se indica que concurre por cuanto se aplicó el artículo 4.2 del RD Legislativo 1/2013, omitiendo el pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia 993/2018, de 29 de noviembre de 2018, lo cual ha supuesto «un claro perjuicio para el suscribiente que no ha accedido a la plaza de funcionario por el turno de reserva para personal con discapacidad puesto que hay hasta cinco personas a las que se les ha reconocido la condición de persona con discapacidad por ser pensionista de la Seguridad Social con pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez, y que los resultados finales que han obtenido en la oposición son entre las doce primeras personas del turno reservado,

accediendo así a una plaza y quedando el suscribiente en la posición catorceava sin plaza de funcionario». Y que si se «hubiera cumplido y aplicado la normativa vigente reguladora del acceso al empleo público en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea para personal con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, no se habría reconocido dicha condición a las personas por el mero hecho de ser pensionistas de la Seguridad Social por incapacidad permanente, y se habría atendido a lo establecido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, en cuanto que la competencia para el reconocimiento de la condición de persona con discapacidad le corresponde a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieren sido transferidas las funciones en materia de calificación de grado de discapacidad y minusvalía o del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, en este caso la Agencia Navarra de Autonomía y Desarrollo de las Personas, y por tanto deberían haber acreditado dicha condición con Resolución expresa de dicho órgano».

Con invocación del artículo 23.2 de la CE y reproducción de lo indicado en la sentencia de 8 de junio de 2005 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (recurso de casación número 2295/2002), en el escrito se dice que «la equiparación y reconocimiento por la Dirección General de Función Pública de la condición de persona con discapacidad a personas que no la tienen reconocida por el órgano competente con Resolución expresa, con la consecuencia de la adjudicación de plaza de Celador/a del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por el turno reservado para personas con discapacidad a éstas, vulnera directamente el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos recogido en el artículo 23.2 de la Constitución Española, así como los principios de acceso de mérito y capacidad». Y se alude al informe del Director del Centro de Valoración de la Discapacidad de la Agencia Navarra para la Autonomía y Desarrollo de las Personas, en el que se hace eco de las quejas recibidas por el criterio seguido por Función Pública en cuanto a la acreditación de la discapacidad.

En cuanto a la concurrencia de la causa de nulidad establecida en el artículo 47.1.f) de la LPACAP, que establece que son nulos de pleno derecho «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», se afirma ésta por lo ya alegado. Además, se aduce que resulta contraria a las propias bases de la convocatoria recogidas en la Resolución 811E/2019, de 2 de julio, dado que la base 2.1.3. señala que «Los aspirantes al turno reservado para personas con discapacidad, además de los requisitos señalados para los del turno libre, deberán tener reconocida oficialmente una discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100», y el reconocimiento de ello tiene que realizarse, conforme al artículo 4.3 del RD Legislativo 1/2013, y sistema previsto por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Minusvalía.

Finalmente se solicita que se dicte resolución por la que se declare de oficio la nulidad de pleno derecho de la Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre, de la Directora General de Función Pública, por la que se nombra personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, publicada en el Boletín Oficial de Navarra, número 21, de 31 de enero de 2022, en cuanto a la adjudicación de plaza para desempeñar el puesto de trabajo de celador a cinco personas por el turno de reserva para personas con discapacidad de grado igual o superior al 33%, que no tienen reconocida dicha condición conforme a la normativa aplicable, así como a todos los actos de trámite dictados anteriormente.

Asimismo, solicita que se emita informe por la Agencia Navarra de Autonomía y Desarrollo de las Personas sobre el grado de discapacidad que tienen reconocido las doce personas que han sido nombradas personal del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por la Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre, de la Directora General de Función Pública.

Sexto.- Con fecha 27 de septiembre de 2022 se emite informe por el Director del Centro de Valoración en el que se señala literalmente:

«En relación a la emisión de un informe sobre el grado de discapacidad que tienen reconocido las doce personas que han sido nombradas

personal del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por la Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre, de la Directora General de Función Pública, por el turno de reserva para personas con discapacidad, tras la una solicitud de revisión de oficio de la Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre, de la Directora General de Función Pública, por la que se nombra personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, para desempeñar el puesto de trabajo de Celador y se les adjudica plaza (Boletín Oficial de Navarra número 21, de 31 de enero de 2022), se informa de los siguientes datos por orden de elección, apellidos y nombre y grado de discapacidad reconocido obrantes en nuestros archivos:

1. ...: 46% de discapacidad.
2. ...: 33% de discapacidad.
3. ...: no consta en nuestros archivos valoración del grado de discapacidad.
4. ...: 20% de discapacidad.
5. ...: 47% de discapacidad.
6. ...: 26% de discapacidad.
7. ...: 33% de discapacidad.
8. ...: 33% de discapacidad.
9. ...: 12% de discapacidad.
10. ...: 0% de discapacidad en aplicación de los criterios del R.D. 1971/1999 de 23 de diciembre que regula el reconocimiento y calificación de grado de discapacidad a todos los efectos. Consta en su expediente un reconocimiento de un grado del 33%, de acuerdo con el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, condicionada al mantenimiento de la condición de pensionista de la Seguridad Social o pensionista de clases pasivas que da lugar a dicho. Hay que recordar que este reconocimiento ha quedado anulado por la Sentencia del recurso de casación para la unificación de doctrina, en la que la valoración a todos los efectos es a través de la aplicación del baremo establecido en el R.D. 1971/1999 de 23 de diciembre.
11. ...: 48% de discapacidad.
12. ...: 47% de discapacidad.

Se realiza este informe a petición del Servicio de Servicio de Ordenación de la Función Pública de la Sección de Régimen Jurídico de la Dirección General de Función Pública».

Séptimo.- Con fecha 11 de octubre de 2022, la Directora de Servicio de Gestión de Personal emite informe en el que, tras relacionar los antecedentes reseñados, señala:

«Sobre la cuestión suscitada en la presente solicitud, procede informar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, esta Comunidad Foral tiene competencia exclusiva en materia de asistencia social, así como en materia de desarrollo comunitario; políticas de igualdad; política infantil, juvenil y de la tercera edad.

Además, en virtud de su régimen foral, Navarra también ostenta competencia exclusiva sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral, respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación del Estado reconozca a los funcionarios públicos, tal y como recoge el artículo 49.1.b) de la citada norma.

En aplicación de las mencionadas competencias exclusivas, y en lo que respecta al acceso al empleo público de personas con discapacidad, la Comunidad Foral ha aprobado diferente normativa que es, en síntesis, la que se señala a continuación:

La Ley Foral 12/2018, de 14 de junio, de Accesibilidad Universal, que establece el marco normativo general de protección de las personas con discapacidad, teniendo como objeto, tal y como señala su artículo 1 “establecer las condiciones de accesibilidad universal necesarias para garantizar la igualdad de oportunidades, la promoción de la autonomía personal, la inclusión en la comunidad y la vida independiente de todas las personas y, en particular, de las personas con discapacidad”.

El número 2 de ese mismo artículo señala que: “A los efectos de los derechos reconocidos en la presente Ley Foral, tendrán la consideración de personas con discapacidad las contempladas en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social”.

El artículo 4, número 1 y 2 de la citada norma, establece lo siguiente:

“Artículo 4. Titulares de los derechos.

1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficientes físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluto o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos (...)"

Se trata, por tanto, de una remisión expresa y consciente que el legislador foral ha efectuado a la norma estatal en toda su extensión y literalidad».

En el informe se detallan las exigencias que se derivan, en cuanto al régimen aplicable a la oferta pública de empleo público, del artículo 44.2 de la Ley Foral 12/2018, de Accesibilidad Universal (en adelante, LFAU), y disposición adicional séptima del Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra. Y señala que:

«...si bien la sentencia núm. 992/2018, de 29 de noviembre de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo declaró que el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo ha incurrido en ultra vires por exceso en la delegación legislativa, se ha venido considerando, conforme a la normativa referida y en aplicación del principio de legalidad, que en las convocatorias de ingreso el empleo público puedan acceder al turno reservado a personas con discapacidad, no sólo aquellas que tengan expresamente reconocido un grado de discapacidad igual o superior a un 33%, sino también, y ahora por remisión expresa de la Ley Foral 12/2018, de Accesibilidad Universal, aquellas personas perceptoras de una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Finalmente procede informar que en el marco de la Comisión Mixta de promoción para el acceso al empleo de las personas con Discapacidad en el ámbito de la Administración de la Comunidad Foral y sus organismos autónomos se ha debatido en varias ocasiones este mismo asunto, y en la misma el CERMIN -Comité de Representantes de Personas con Discapacidad de Navarra- ha manifestado que el Estado está tramitando una nueva Ley cuyo borrador se ha redactado en la misma línea

señalada, pues al parecer contempla que las referidas personas pensionistas tengan la consideración de personas con discapacidad».

En atención a todo ello, se propone la desestimación de la solicitud de revisión de oficio formulada por don... de la Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre, de la Directora General de Función Pública, por la que se nombra personal funcionario, al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, para desempeñar el puesto de trabajo de celador y se les adjudica plaza.

Octavo.- Con fecha de 16 de enero de 2023, la Jefa de la Sección de Régimen Jurídico, dio traslado a los interesados don..., don..., doña..., don... y don... de la solicitud de revisión de oficio presentada por don... para que, en el plazo de diez días hábiles, pudieran formular alegaciones.

Doña... presentó alegaciones, con fecha 24 de enero de 2023, señalando lo siguiente:

«Que, desde el año 2008 y por sentencia firme tras procedimiento en el Juzgado de los social Nº 2, tengo una Incapacidad Permanente Total derivada de enfermedad profesional.

Que el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, considera que el reconocimiento por el INSS de un grado de incapacidad permanente determina de forma automática el reconocimiento de la discapacidad cuando menos sea el grado 33 por 100. Así lo entendía yo y así se me ha aplicado en todo mi recorrido laboral en la Administración.

Que, de hecho, la propia convocatoria de celador dice textualmente..."3.2.3. Estarán exentos del pago de la tasa: a) Las personas con discapacidad de grado igual o superior al 33%. Dicha exención deberá acreditarse mediante uno de estos documentos:- Certificado expedido por el IMSERSO u órgano competente de la Comunidad Autónoma -Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social por la que se reconoce el derecho a la percepción prestación por Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez".

Que en todo momento actué como opositora de buena fe, cumpliendo de forma escrupulosa la actuación marcada por la Administración Pública Navarra.

Por ello SOLICITO

Que desde el Gobierno de Navarra, Función Pública o quien corresponda, se den los pasos necesarios para que este expediente de anulación de resolución de convocatoria no prospere y no llegue a su objetivo final.

Que se defienda desde la Administración mi actuación de buena fe y se me informe de los pasos dados al respecto.

Que, sobre todo, se asegure la continuidad de mi plaza y mi situación laboral actual».

Por su parte, don..., en su escrito de fecha 25 de enero de 2023, alegó:

«Que desde el año 2000, tengo reconocida una Incapacidad Permanente Total.

Que el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre considera que el reconocimiento por el INSS de un grado de incapacidad permanente determina de forma automática el 33 por 100.

Que en todo momento actué como opositor de buena fe, cumpliendo de forma escrupulosa la actuación marcada por la Administración Pública Navarra.

Por todo ello solicito:

- Que desde el Gobierno de Navarra, Función Pública o quien corresponda, se den los pasos necesarios para que este expediente de anulación de resolución de convocatoria no prospere.
- Que se defienda desde la Administración mi actuación de buena fe y se me informe de los pasos dados al respecto».

Asimismo, con fecha 10 de febrero de 2023, presentó alegaciones don... en las que, tras relatar los antecedentes y su situación personal, indica que:

«Considero que es cometido de Función Pública trasladar la respuesta a la persona que ejerce la reclamación sobre el proceso de la oposición, una respuesta que solo puede ser “el proceso se ha ajustado a la legalidad” y no transmitir a los opositores el problema ni facilitar datos privados a la parte reclamante, dado que me ajusto a la legalidad y a las bases del concurso.

Considero que es un proceso iniciado desde la ilegalidad, dado que el opositor reclamante inicia el proceso con datos que no debería conocer bajo ningún concepto al tratarse de datos privados.

Dada la sensibilidad del tema sugiero al Gobierno de Navarra o al departamento que corresponda que se codifiquen nuestros nombres, como ocurre en las oposiciones de policía foral o en las plazas reservadas a personas de violencia de género.

Insto a Función Pública mediante los mecanismos que considero oportuno (Policía Foral, servicio informática, etc.) abrir un hilo de investigación para poder ver dónde se ha filtrado la información, relativa al expediente, la cual vulnera la intimidad tratándose de datos médicos y privados y ha sido conseguida de una forma ilegítima.

Solicito que se preserve mi privacidad en todo momento.

Solicito ser sabedor si se consigue dar con la fuente de filtración para ejercer medidas legales. Me pongo a vuestra disposición para aquello que consideren oportuno».

Por su parte, ... presentó alegaciones con fecha 21 de febrero de 2023 en las que ponía de relieve las razones por las que entendía que la solicitud de revisión de oficio no debería iniciarse:

«La Sentencia 993/2018 de 20 de noviembre de 2018 pronunciada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, declara nulo el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre, en base única y exclusivamente a un error de redacción al refundirse su texto para integrar en él la Ley 13/1982 de 7 de abril de integración social de las personas con discapacidad, la Ley 51/2003 de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007 de 26 de diciembre por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad.

En el citado Real Decreto Legislativo donde debiera leerse” A EFECTOS DE ESTA LEY”, que es lo que ponía en la redacción original, se lee “A TODOS EFECTOS”.

Ello nos equiparaba “A TODOS LOS EFECTOS” a los pensionistas de la Seguridad Social que tenemos reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez, a los titulares de una concesión (por otros órganos) de discapacidad del 33% o más. Y dice la sentencia la sentencia que ese reconocimiento “A TODOS LOS EFECTOS” es un exceso.

Pero nada dice acerca de no poder equipararse en otras condiciones, por ejemplo “A EFECTOS DE ESTA LEY”, es decir, a efectos del Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 noviembre, o de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de la que extrae originalmente que los pensionistas de la Seguridad Social que tengamos reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, se nos considere la presentación de una discapacidad en grado igual o superior al 33% en el párrafo terceros de su artículo 1.2. Y “A EFECTOS DE ESTA MISMA LEY”, nos considera en su artículo 3, tal grado de discapacidad,

en nuestra relación con la Administración Pública, que en este caso es laboral.

Por lo tanto, si estoy pidiendo que no se lleve a trámite la solicitud de revisión de actos nulos a fin de que se declare oficio la nulidad de la Resolución 3315/2021 de 20 de diciembre de la Directora General de Función Pública, es porque la ley me ha concedido la posibilidad de participar por el turno de discapacidad en la convocatoria para la provisión mediante concurso-oposición del puesto de celador. Convocatoria en la cual llegué a conseguir con muchísimo esfuerzo la plaza de funcionario que ahora ocupo (...).».

A esta argumentación añade que la Administración puede negarse a la citada solicitud cuando la revisión de oficio resulte contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, considerando que concurren en el presente supuesto estos límites.

En cuanto a la equidad, por cuanto de atenderse tal petición saldrían perjudicadas cinco personas, y el alegante ha perdido la oportunidad de presentarse a otras oposiciones y proceso de estabilización, así como a otra plaza por el turno libre; planteándose que habría que revisar de oficio todas las convocatorias y no sólo la de celadores.

Afirma su buena fe, dado que presentó los documentos requeridos y marcó la casilla que daba potestad a la Administración para comprobar cualquier dato que necesitara. También pone de relieve sus constantes dolores, calificación obtenida, edad y dificultades para conseguir trabajo en el ámbito privado.

Señala el derecho que le corresponde para optar por el turno de discapacidad a la plaza que ocupa como celador de conformidad con lo previsto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, y aduce que la sentencia de la Sala de lo Social lo que plantea como contrario a la normativa es que se le «equipare a todos los efectos» con el titular de una discapacidad de grado igual o mayor al 33%, pero no «a los efectos de esta ley», lo que implica que seguiría teniendo el derecho del que se le pretende excluir. Igualmente, argumenta que el hecho de que unos «órganos concretos realicen el reconocimiento del grado de minusvalía» nada tiene que ver con la existencia de una ley que le permita

participar en algunas convocatorias de oposición con el mismo derecho que una persona titular del grado igual o superior al 33% de discapacidad.

Finalmente, entiende que media prescripción, aduciendo que la fecha en la que se le reconoció la incapacidad permanente en grado total fue el 2 de diciembre de 2016 y la declaración de nulidad del artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, se planteó por la Sentencia de 20 de noviembre de 2018, considerando que a partir de la fecha de la sentencia podría interpretarse el tema de manera diferente, pero las concesiones anteriores no queda claro que deban alterarse. De ser así, afectaría a todas las convocatorias realizadas en las que se hayan presentado personas que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

En atención a todo ello, concluye que no concurren las causas de nulidad de pleno derecho en la Resolución 3315/2021 de 20 de diciembre, cuya revisión se insta.

Noveno.- Con fecha 16 de marzo de 2023, la Jefa de Sección de Régimen Jurídico del Servicio de Ordenación de la Función Pública, emite informe en relación con la revisión de oficio solicitada por don.... En ella, tras referir los antecedentes de hecho descritos, admite la competencia del Consejero de Presidencia, Igualdad, Función Pública e Interior para la resolución de la solicitud, entendiendo que la solicitud se ha presentado en la forma oportuna, y describe el procedimiento.

Resume los motivos en los que se basa la petición de revisión de oficio: a) la causa de nulidad del artículo 47.1.a) de la LPACAP, por infracción del artículo 23.2 de la Constitución, «al nombrar como personal funcionario a cinco personas aprobadas por el turno de reserva para personas con discapacidad que no cumplen con la condición de personas con discapacidad igual o superior al 33 por 100, en detrimento del interesado que posee un grado de discapacidad reconocido del 49 por 100 y que tomó parte en la citada convocatoria, con resultado de aprobado sin plaza»; y b) el artículo 47.1.f) de la LPACAP, en tanto se reconoce a esas cinco personas la condición de

personas con discapacidad al ser pensionistas de incapacidad permanente por aplicación del artículo 4.2 del RD Legislativo 1/2013 que, según se afirma, fue declarado nulo por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia número 993/2018, de 29 de noviembre.

Con carácter inicial, pone de relieve que:

«(...) pese a que la revisión pretendida se funda, efectivamente, en la concurrencia de causas de nulidad de pleno derecho, tal y como exige el artículo 106.1 de la Ley 39/2015, antes citado, no debe olvidarse que el artículo 110 de la misma Ley, bajo la rúbrica "Límites de la revisión", dispone que "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".

En el supuesto que nos ocupa, hay que tener presente que la aplicación de la revisión de oficio pretendida conllevaría dejar sin plaza de funcionario a cinco personas que participaron y superaron el referido proceso selectivo, y que fueron nombradas personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, para desempeñar el puesto de trabajo de Celador, en virtud de la Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre, de la Directora General de Función Pública. Es decir, nos encontramos ante una actuación administrativa que ha generado derechos a favor de terceros y no meras expectativas. En concreto, y por lo que aquí interesa, la citada Resolución procede a nombrar funcionarias al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, con puesto de trabajo de celador, a estas cinco personas, con todos los derechos y obligaciones inherentes a dicha condición y, de hecho, con fecha 1 de febrero de 2022 tomaron ya posesión de sus plazas de funcionario.

Es evidente, por tanto, que estas cinco personas han de ser consideradas terceros de buena fe, que actuaron en todo momento conforme a lo señalado en las bases de la convocatoria, que constituyen la ley a la que ha de sujetarse el proceso selectivo, y que fueron nombradas funcionarias tras haber superado el citado concurso-oposición, con acreditación de mayor mérito y capacidad, y siendo absolutamente ajenas a los presuntos vicios de nulidad que ahora se denuncian.

De acuerdo con lo expuesto, es claro que, en el supuesto examinado, existen intereses de terceros que se verían gravemente afectados por la acción de nulidad. En efecto, una eventual estimación de la solicitud formulada ocasionaría a estas cinco personas unas consecuencias muy perjudiciales y desproporcionadas, como es la pérdida de una plaza en

propiedad o, lo que es lo mismo, un trabajo estable de por vida, por una cuestión totalmente ajena a ellas. Asimismo, tampoco debe olvidarse la pérdida de oportunidades que este hecho lleva aparejado, pudiendo citar, a modo de ejemplo, la imposibilidad de estas cinco personas de participar en los procedimientos de estabilización de empleo temporal convocados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, y que se encuentran actualmente en tramitación.

Lo señalado anteriormente, nos ha de llevar a concluir que el ejercicio de la revisión de oficio resulta, en este caso, contrario al principio de buena fe y al derecho de los particulares, dos circunstancias que, como ya hemos visto, actúan de límite legal e impiden proceder a la mencionada revisión de oficio».

Esta argumentación se apoya en lo señalado por la STS de 23 de octubre de 2000, en la que se incide sobre la seguridad jurídica y el respeto a los derechos de los particulares, que son límite al ejercicio de la potestad revisora de la Administración.

Se indica, además, que la convocatoria aprobada por Resolución 811E/2019, de 2 de julio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en su base 3.2.2, establecía:

«3.2.2. Estarán exentos del pago de la tasa:

a) Las personas con discapacidad de grado igual o superior al 33%.

Dicha exención deberá acreditarse mediante uno de estos documentos:

–Certificado expedido por el Imserso u órgano competente de la Comunidad Autónoma.

–Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social por la que se reconoce el derecho a la percepción de prestación por Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez».

Y afirma que «la propia convocatoria, en su base 3.2.2., equipara la condición de persona con discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100 a las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez, al admitir como medio para acreditar la condición de persona con discapacidad y resultar exenta del pago de la tasa, la presentación de una resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de reconocimiento de una pensión de Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez».

En el informe se argumenta también que:

«(...) el señor... no impugnó, dentro del plazo legalmente concedido al efecto, las bases de la convocatoria, en concreto la base 3.2.2, sino que se aquietó a sus previsiones y aceptó tomar parte en el procedimiento así diseñado, por lo que las citadas bases devinieron firmes y consentidas. De la misma forma, el interesado no formuló alegaciones a la lista provisional de personas aspirantes admitidas y excluidas en la citada convocatoria, publicada en el Boletín Oficial de Navarra, número 180, de 12 de septiembre de 2019, ni tampoco recurrió la lista definitiva de personas aspirantes admitidas y excluidas publicada el día 11 de noviembre de 2019 en el Boletín Oficial de Navarra número 222.

Si bien, como ya se ha señalado, dicha circunstancia no es obstáculo para que pudiera declararse la nulidad de un acto, sí que es necesario que el ejercicio de la acción de nulidad no resulte contrario a la buena fe y a los derechos de los particulares.

En relación con esto último, procede insistir en que la situación de estas cinco personas, que confiaron en la validez y legalidad de sus nombramientos, se vería gravemente afectada como consecuencia de la revisión de oficio, por lo que, en aras del principio de seguridad jurídica, resulta primordial salvaguardar los derechos de estas personas, terceros de buena fe, que tras la superación del proceso selectivo correspondiente con acreditación de mayor mérito y capacidad, fueron nombradas personal funcionario.

Asimismo, y por lo que respecta a la protección de los terceros de buena fe en materia de personal al servicio de las Administraciones Públicas, es reiterada la jurisprudencia que limita exclusivamente a los recurrentes los efectos de las estimaciones de recursos que impugnan los resultados de procedimientos selectivos, pudiendo traer a colación al efecto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2019, que afirma que “no cabe hacer caer sobre los aspirantes que han sido nombrados funcionarios o personal estatutario fijo tras superar el correspondiente proceso selectivo, la consecuencia de verse privados de esa condición como consecuencia de irregularidades en el procedimiento a las que son ajenos”.

En virtud de lo señalado, y conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta en las citadas sentencias, se ha de concluir que no procede acceder a la revisión de oficio de la Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre, de la Directora General de Función Pública, instada por el Sr. Luque Brasero, al ser de aplicación al presente supuesto los límites que para tal ejercicio establece el artículo 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre».

Por último, se aduce que:

«la Sentencia número 254/2021, de 24 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, alegada de contrario, y en la que se plantea los límites de la revisión de oficio y la posibilidad de declarar la inadmisión del procedimiento de revisión, concluye que “para apreciar que una revisión de oficio es contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, debe realizarse en una resolución tras la incoación del correspondiente procedimiento administrativo, de conformidad con los principios generales que al respecto se establecen en la Ley de Procedimiento Administrativo”.

Al respecto, se dirá que en el presente caso sí que se ha tramitado el procedimiento de revisión de oficio conforme a los requisitos establecidos legalmente, en concreto, el de recabar dictamen del Consejo de Navarra y el de notificar el trámite de audiencia a todas las personas interesadas en el procedimiento, a fin de que pudieran alegar y presentar los documentos que estimasen pertinentes en defensa de sus derechos, tal y como consta en la documentación que obra en el expediente; concluyéndose la aplicación del artículo 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, al presente supuesto, lo que conduce necesariamente a la desestimación de la solicitud formulada».

El informe concluye proponiendo la desestimación de la solicitud formulada por don..., de revisión de oficio y declaración de nulidad de la Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre, de la Directora General de Función Pública, por la que se nombra personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, para desempeñar el puesto de trabajo de celador y se les adjudica plaza.

Décimo.- La propuesta de Orden Foral del Consejero de Presidencia, Igualdad, Función Pública e Interior, por la que se desestima la solicitud formulada por don..., de revisión de oficio y declaración de nulidad de la Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre, de la Directora General de Función Pública, por la que se nombra personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, para desempeñar el puesto de trabajo de celador y se les adjudica plaza, acoge las consideraciones y valoraciones del anterior Informe. Propone desestimar la solicitud formulada por don... de revisión de oficio y declaración de nulidad, así como dar traslado de la misma a la Dirección de Profesionales del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y a los Servicios de Gestión de

Personal y de Control de Gasto de Personal y nóminas de la Dirección General de Función Pública, con notificación al solicitante y los interesados, significando a estos últimos que contra ella cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su notificación.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

El presente dictamen tiene por objeto el examen de la revisión de oficio de la Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre, de la Directora General de Función Pública, por la que se nombra personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, para desempeñar el puesto de trabajo de celador y se les adjudica plaza.

La LFCN establece que el Consejo de Navarra debe ser consultado preceptivamente en «cualquier otro asunto en que la legislación establezca la exigencia de informe preceptivo del Consejo de Navarra o el dictamen de un organismo consultivo» [artículo 14.1.j)].

Para la revisión de oficio de los actos administrativos, tal remisión nos lleva al artículo 106.1 de la LPACAP, a cuyo tenor «las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1».

Por su parte, el artículo 123.1 de la Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y Sector Público Institucional Foral (en adelante, LFACFNSPINF), impone la necesidad de dictamen previo del Consejo de Navarra para declarar la nulidad de actos

administrativos en procedimiento de revisión de oficio. Según este precepto la declaración de nulidad requiere, además, que el dictamen sea favorable.

En consecuencia, tratándose de dictaminar sobre una revisión de oficio basada en un vicio de nulidad de pleno derecho, nuestro dictamen resulta preceptivo y vinculante; lo que implica, de una parte, que sean obligatorias la solicitud y emisión del dictamen en el procedimiento de revisión y, de otra, que la Administración revisora declare la nulidad del acto solo si este Consejo dictamina de forma favorable dicha nulidad.

II.2ª. Sobre la instrucción del procedimiento de revisión de oficio

El artículo 106 de la LPACAP no formaliza el procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos, si bien indica la posibilidad de su inicio por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y la exigencia de dictamen favorable de este Consejo de Navarra (apartado 1). Asimismo, su apartado 5 dispone que «cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud del interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo».

En el presente caso el procedimiento se instó por don... mediante escrito de 1 de septiembre de 2022, dirigido a la Dirección General de Función Pública.

A la vista del escrito presentado se solicitaron y emitieron por el Director del Centro de Valoración de la Discapacidad de la Agencia Navarra de Autonomía y Desarrollo de las Personas y la Directora del Servicio de Gestión de Personal los oportunos informes.

De toda esa documentación, se dio traslado a doña..., don..., don..., don... y don..., a fin de que presentaran las alegaciones que estimaran pertinentes. Todos ellos formularon éstas, abundando en que cumplían las exigencias previstas en las bases de la convocatoria y su condición de terceros de buena fe, solicitando que se desestimara la revisión de oficio reclamada.

Obran en el expediente los Informes antes referidos, el Informe Jurídico de la Jefa de Sección de Régimen Jurídico del Servicio de Ordenación de la Función Pública, así como la propuesta de Orden Foral del Consejero de Presidencia, Igualdad, Función Pública e Interior en la que se propone la desestimación de la revisión de oficio.

En atención a todo ello, cabe considerar que el procedimiento de revisión de oficio se ha tramitado correctamente, cumpliendo las exigencias establecidas por el artículo 106 de la LPACAP.

II.3ª. Improcedencia de la revisión de oficio

Como en anteriores ocasiones ha recordado este Consejo de Navarra, la nulidad de pleno derecho se configura legalmente como el máximo grado de invalidez de los actos para aquellos casos de vulneración grave del ordenamiento jurídico, debiendo ser ponderada con criterios estrictos y de prudencia, caso por caso, dado su carácter excepcional.

Asimismo, la potestad de revisión de oficio de los actos propios es de carácter excepcional y precisa, por ello, de una valoración estricta del vicio considerado, lo que exige que resulte plenamente acreditado y justificado convenientemente el supuesto de nulidad de pleno derecho en el que se ha incurrido para proceder a aquella revisión.

En el presente supuesto, las causas de nulidad en las que se fundamenta el recurso se basan en el motivo a) del artículo 47.1 de la LPACAP, en cuanto a la lesión «de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional» en el acceso «en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes» -artículo 23.2 CE-; y la causa f) del artículo 47.1 de la LPACAP «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».

Ambos motivos tienen por base la afirmación del reclamante de la improcedente aplicación del artículo 4.2 del RD Legislativo 1/2013, en la redacción vigente al momento de dictarse la Resolución 811E/2019, de 2 de julio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la

que se convocaba la provisión, mediante concurso-oposición, de 110 puestos de trabajo de celador del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, al turno restringido previsto para las personas con discapacidad, por cuanto entiende que aquel precepto fue «declarado nulo» por la Sentencia de Sala de lo Social del Tribunal Supremo, número 993/2018, de 29 de noviembre.

Por ello, el punto de arranque necesario para la valoración de la cuestión, puesto de manifiesto en el Informe de la Directora de Servicio de Gestión de Personal, es la determinación de las normas que son de aplicación al caso.

Navarra cuenta con competencias legislativas de carácter exclusivo «en materia de asistencia social, así como en materia de desarrollo comunitario; políticas de igualdad; política infantil, juvenil y de la tercera edad» -artículo 44 LORAFNA-; así como sobre el «régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral, respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación del Estado reconozca a los funcionarios públicos» -artículo 49.1.b LORAFNA-.

En desarrollo de esas competencias, dictó la Ley Foral 12/2018, de 14 de junio, de Accesibilidad Universal (LFAU), en la que se establecía el marco normativo general de protección de las personas con discapacidad dentro de la Comunidad Foral, disponiendo literalmente en su artículo 1.2 que:

«A los efectos de los derechos reconocidos en la presente Ley Foral, tendrán la consideración de personas con discapacidad las contempladas en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general derechos de las personas con discapacidad y de su Inclusión social».

El artículo 3 de la LFAU, dedicado a definiciones, fijaba que «(a) los efectos de la presente Ley Foral se entiende por:

ñ) Discapacidad: Es una situación que resulta de la interacción entre las personas que presentan deficiencias previsiblemente permanentes de carácter físico, orgánico, sensorial, intelectual, del desarrollo o mental y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas».

El artículo 4 de la LFAU, relativo al ámbito de aplicación, señalaba que:
«1.- En el marco competencial de Navarra, constituyen los ámbitos de aplicación de la presente ley foral:
(...)
i) El empleo».

En el Título III de la LFAU, «disposiciones específicas», incluía en el Capítulo VIII, relativo a la «accesibilidad en el empleo», el artículo 44, en el que literalmente se reseñaba que:

«1. La Administración de la Comunidad Foral, en el ámbito de sus competencias, fomentará la inserción laboral de las personas con discapacidad.

2. Las Administraciones Públicas de Navarra adoptarán las medidas necesarias para garantizar la igualdad de las personas con discapacidad en el acceso al empleo público y en la promoción interna, tanto en las convocatorias para el personal fijo como en las listas de contratación temporal, de conformidad con lo establecido en la normativa aplicable.

Asimismo, se establecerán medidas de empleo con apoyo en los casos que resulte necesario para favorecer la adaptación de las personas con discapacidad al puesto de trabajo obtenido.

3. Las Administraciones Públicas de Navarra fomentarán la contratación de empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad a través de la reserva de contratos a entidades de carácter social sin ánimo de lucro y la inclusión de cláusulas sociales en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de conformidad con lo establecido en la normativa que regula la contratación pública».

Por lo que aquí interesa, las previsiones contempladas en la legislación foral y estatal vigentes al momento de dictarse la Resolución 811E/2019, de 2 de julio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, que han sido modificadas por la Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre, de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos y por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, asentaban dos cuestiones.

En primer lugar, que tenían la consideración de personas con discapacidad, a los efectos de los derechos reconocidos en la Ley Foral 12/2018, las señaladas en el tenor literal del artículo 4.2 del Real Decreto

Legislativo 1/2013. El artículo 1.2 de la LFAU dispuso una remisión explícita y expresa al tenor literal de ese precepto estatal. Tal remisión, dada su referencia literal y concreta, tenía el carácter de una remisión estática, pues la utilización de la técnica de remisión de la norma autonómica a la estatal no entraña la enajenación de la competencia que en exclusiva ostenta una Comunidad Autónoma, como la de Navarra, en los ámbitos normativos que le son propios. En consecuencia, el artículo 1.2 de la LFAU fijaba, en cuanto a quién se debía considerar persona con discapacidad, una regla «*per relationem*» a la literalidad del artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013. En pura técnica jurídica, ni había vacío normativo sobre esta cuestión, como postula el reclamante, ni la normativa estatal resultaba de aplicación como Derecho supletorio.

En segundo lugar, los artículos 1.2 de LFAU y 4.2 del RD Legislativo 1/2013 proyectaban su ámbito operativo a todos los derechos reconocidos y reflejados en la LFAU, entre los que se encontraba el sector del empleo - artículo 4.i) LFAU-. Ello suponía que las previsiones contenidas en el artículo 44 de la citada Ley Foral 12/2018, atinentes a las «medidas necesarias para garantizar la igualdad de las personas con discapacidad en el acceso al empleo público y en la promoción interna», plasmada en la previsión del turno restringido de plazas para las personas con discapacidad, se aplicaban igualmente a quienes tuvieran la consideración de personas con discapacidad conforme al artículo 4.2 del RD Legislativo 1/2013.

Por otra parte, las convocatorias de empleo público relativas al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, se han regido por el régimen específico dispuesto en la Comunidad Foral de Navarra, el Decreto Foral 347/1993, de 22 de noviembre, por el que se regula el ingreso y la provisión de puestos de trabajo en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. Esta norma no contiene previsión alguna sobre las condiciones que han de concurrir en el que concursa a las plazas reservadas para el turno de personas con discapacidad; lo que implica que haya de acudirse a las reglas generales propias existentes, siendo aquellas de aplicación.

En consonancia con ello, la Resolución 811E/2019, de 2 de julio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, estableció en su

base 2.1.3 que «los aspirantes al turno reservado para personas con discapacidad, además de los requisitos señalados para los del turno libre, deberá tener reconocida oficialmente una discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100»; fijando en su base 3.2.2 que estarán exentos del pago de la tasa «Las personas con discapacidad de grado igual o superior al 33%. Dicha exención deberá acreditarse mediante uno de estos documentos: - Certificado expedido por el Imsero u órgano competente de la Comunidad Autónoma.- Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social por la que se reconoce el derecho a la percepción de prestación por Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez».

Esa última previsión acogía y reflejaba la regulación foral entonces vigente, en la que el artículo 1.2 de la LFAU remitía, en cuanto a la consideración de la persona con discapacidad, al artículo 4.2 del RD Legislativo 1/2013, en el que se señalaba:

«Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

Debe además destacarse que la alegada transcendencia, que se aduce para la fundamentación de las causas de nulidad, de lo reseñado por la STS, Sala de lo Social, de 29 de noviembre de 2018, número 993/2018, carece de la entidad y proyección que se le pretende dar.

En primer lugar, la pretensión allí dilucidada se refería a la cuestión del reconocimiento automático en el marco social del grado de discapacidad. No tenía por objeto la cuestión de la asimilación, a los efectos de concurrir en el turno restringido de las plazas de discapacidad, del derecho de acceso al empleo público de quienes tuvieran reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de

clases pasivas con reconocimiento de pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

En segundo lugar, el contenido dispositivo de la STS, Sala de Social, de 29 de noviembre de 2018, número 993/2018, no ha declarado, como afirma el reclamante, que fuera «nulo» el artículo 4.2 del RD Legislativo 1/2013, sino que ha manifestado «que ha incurrido en ultra vires por exceso en la delegación legislativa, en tanto que no respeta el art.1 de la propia Ley 26/2011, de 1 de agosto, que, además de atribuirle esa delegación, ratificó el contenido de aquel artículo 2.1 Ley 51/2003 en los términos que hemos expuesto, y que se han visto sustancialmente alterados en la redacción final del texto refundido, al sustituir la frase “a los efectos de esta ley” por la de “a todos los efectos”, en una radical alteración del mandato legislativo que modifica de manera esencial el texto que debía refundir, hasta el extremo de que conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por el Tribunal Supremo conforme al contenido de la norma que el legislador no ha querido variar».

El efecto de ese exceso en el mandato normativo, como indirectamente reconoce la STS, Sala de lo Social, de 29 de noviembre de 2018, número 993/2018, supone que se considere ineficaz el «exceso normativo» introducido de «a todos los efectos», pero no implica que quede erradicada la previsión conforme a la dicción original objeto de refundición, y que era objeto del mandato de delegación, pues en otro caso nos encontraríamos con una restricción normativa que no fue la ordenada por el legislador. En este sentido, la precitada STS, Sala de lo Social, de 29 de noviembre de 2018, dirá:

«Resulta con ello palmario que si el legislador quería mantener en sus términos la dicción literal del precepto que equiparaba al 33% de discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez a los exclusivos efectos de esa ley, no estaba en su ánimo la extensión de este beneficio a todos y cualquiera de los múltiples, variados y muy heterogéneos efectos que despliega en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33%.

La dicción literal que la propia Ley 26/2011 otorga al art. 1.2 de la Ley 51/2003 no deja ningún margen de duda sobre esa voluntad del legislador, que se ve sustancialmente alterada en la redacción del RD Legislativo, justamente en el esencial extremo sobre el que precisamente pivota el alcance de aquella equiparación del que dependen los muy

diferentes efectos legales que haya de desplegar, en razón de que se considere extensible a todos los efectos o simplemente limitada a los efectos de esa misma Ley».

Ello entraña, conforme se indicaba en el tenor literal del artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados, que «a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

Esas previsiones eran de aplicación a los derechos reconocidos en el RD Legislativo 1/2013. Entre ellos se hallaba el del empleo, según disponía su artículo 5.h) y delimitaba el artículo 42 para la reserva de puestos de trabajo a incluir en la oferta de empleo público.

Por otra parte, ha de advertirse que el peticionario de la revisión de oficio no cuestionó, ni impugno la Resolución 811E/2019, de 2 de julio, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, que incluía las bases expuestas; ni la Resolución 3036E/2019, de 29 de agosto, del Director de Profesionales del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, que aprobó la lista provisional de personas aspirantes admitidas y excluidas; ni tampoco la Resolución 3441E/2019, de 28 de octubre, del Director de Profesionales del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se aprobó la lista definitiva de las personas aspirantes admitidas y excluidas al citado proceso. A este respecto debe recordarse la doctrina reiterada por el Tribunal Supremo, recogida entre otras en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 30 septiembre 2014, que señala que:

«Las bases de la convocatoria de un proceso selectivo constituyen la ley del concurso y vinculan a la Administración y a los particulares. Siendo tal principio recogido por reiterada jurisprudencia de la que es exponente la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre 2002, en la que se

declara que "las bases de la convocatoria de un concurso (o de cualquier otra prueba selectiva) constituyen la ley a la que ha de sujetarse el procedimiento y la resolución del mismo, de manera que, una vez firmes y consentidas, vinculan por igual a los participantes y a la Administración. Claramente expone la sentencia de 24 de enero de 1991 que el actor, que consintió las bases, no puede luego, en un momento procesal inadecuado, conseguir su nulidad...».

Ello lleva a este Consejo a considerar que no cabe admitir la concurrencia, «ex» artículo 47.1.a) de la LPACAP, de la invocada nulidad de pleno derecho por vulneración del artículo 23.2 de la CE, en cuanto al derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, por cuanto la convocatoria cumplió con la legalidad entonces vigente, sin que los cambios normativos posteriores puedan proyectarse retroactivamente de forma argumental. A estos efectos, cabe recordar, como indica el ATC 124/2001, de 14 de mayo, que en «el derecho fundamental...«ex» art. 23.2 CE se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública con arreglo a las bases y al procedimiento de selección establecido, garantizando su aplicación por igual a todos los participantes e impidiendo que la Administración, mediante la inobservancia o la interpretación indebida de lo dispuesto en la regulación del procedimiento de acceso, establezca diferencias no preestablecidas entre los distintos aspirantes (SSTC 193/1987 y 353/1993, entre otras) (STC 115/1996, F. 4).

Tampoco puede estimarse que esté acreditada la concurrencia de la causa de nulidad del artículo 47.1.f) de la LPACAP, toda vez que por aplicación del artículo 1.2 de LFAU, que remitía al artículo 4.2 del RD Legislativo 1/2013, se hallaba legalmente reconocida y legitimada la participación en el concurso de doña..., don..., don..., don..., y don... en el turno restringido de plazas de discapacidad.

A todo ello hay que unir el hecho de que el artículo 110 de la LPACAP establece como límites a la revisión de oficio que «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».

En el presente caso, además de que cabría considerar, por lo

anteriormente expuesto, que la revisión de oficio solicitada no resulta acorde con la legalidad aplicable a ese momento -«tempus regit actum»-, se ha puesto de manifiesto que las cinco personas afectadas por ella actuaron confiando en la legalidad y validez de su participación en el turno restringido del concurso oposición. Son terceros de buena fe que han superado el proceso selectivo, acreditando el mérito y capacidad determinante de su mejor puntuación y obtención de la plaza. Han sido nombradas como personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, para desempeñar el puesto de trabajo de celador, en virtud de la Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre, de la Directora General de Función Pública. Y han tomado posesión de sus plazas el 1 febrero de 2022, desempeñando esa labor desde entonces hasta la fecha.

El Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 23 de octubre de 2000 y de 29 de noviembre de 2005, reconoce que la seguridad jurídica exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia.

Es también reiterada la doctrina recogida, entre otras, en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 27 febrero de 2023, número 241/2023, que señala que:

«no cabe hacer caer sobre los aspirantes que han sido nombrados funcionarios o personal estatutario fijo tras superar el correspondiente proceso selectivo, la consecuencia de verse privados de esa condición como consecuencia de irregularidades en el procedimiento a las que son ajenos...

(..) La declaración posterior de invalidez, años después, no acarrea indefectiblemente la exclusión de los inicialmente seleccionados, pues poderosas razones de seguridad jurídica, protección de la confianza legítima, y equidad, determinan que se acoten las consecuencias jurídicas que se anudan a la posterior declaración de invalidez del resultado del proceso selectivo».

Por tanto, y al margen de las consideraciones antes expuestas, la revisión de oficio instada por don... no podría suponer el efecto que éste reclama de la

nulidad de la adjudicación de las plazas de celador a quienes las obtuvieron por concurso-oposición dentro del turno restringido, tomando posesión como funcionarios al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

En atención a todo ello, este Consejo de Navarra considera que no concurren las causas de nulidad invocadas del artículo 47.1.a) y f) de la LPACAP.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que la petición de revisión de oficio de la Resolución 3315/2021, de 20 de diciembre, de la Directora General de Función Pública, debe ser desestimada.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.