



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 216/2008

(Sección 2ª)

La Laguna, a 10 de junio de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de acto administrativo de declaración de compatibilidad, al funcionario J.M.S.H., para el desempeño de actividad privada. Carecer de requisitos esenciales (EXP. 229/2008 RO)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Se emite el presente Dictamen a solicitud del Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria, que lo recaba mediante comunicación de fecha 21 de abril de 2008, recibida y registrada en este Organismo el 14 de mayo de 2008, invocando los arts. 11.1.D.b) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, y 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

2. El objeto del Dictamen versa sobre la Propuesta de Resolución, de fecha 21 de abril de 2008, que propugna la anulación del acto administrativo presunto de reconocimiento de compatibilidad al funcionario de dicha Corporación J.M.S.H., por entender que concurre la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 62.1.f) de la citada LRJAP-PAC.

Se adjunta al escrito de solicitud del Dictamen copia del expediente tramitado para la autorización de la compatibilidad que ahora se pretende revisar.

Asimismo se acompaña la certificación del Acuerdo adoptado por el Pleno del Cabildo de Gran Canaria celebrado el día 28 de marzo de 2008 que declaró la

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

caducidad del procedimiento de revisión tramitado con anterioridad con la misma finalidad y dispuso reiniciar nuevamente igual procedimiento.

Se fundamenta la pretensión de la Corporación Insular en la consideración de que el acto administrativo cuestionado está viciado de nulidad por concurrir la causa invocada, al producirse el efecto de la estimación por silencio administrativo de la autorización de compatibilidad, al no poderse amparar en el supuesto de excepción que regula el art. 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que determina que podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por ciento de su retribución básica excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad, circunstancia que no concurre en el peticionario de dicha autorización.

3. La legitimación del Presidente del Cabildo de Gran Canaria para solicitar el Dictamen, la competencia de este Consejo para emitirlo y su preceptividad resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 102.1 y 2 LRJAP-PAC.

II¹

III

1. La Propuesta de Resolución propugna declarar la nulidad de pleno derecho del acto administrativo presunto de reconocimiento de compatibilidad al funcionario J.M.S.H., para el ejercicio de actividad privada por cuenta propia en una bar-piscolabis, por estar comprendido en el supuesto contemplado en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, viciado, consecuentemente, del defecto insubsanable de nulidad radical, al ser contrario al Ordenamiento jurídico y por generar improcedentemente facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición, conforme a la regulación establecida en el art. 16.4 de la Ley 53/1984, dado que desempeña un puesto de trabajo que comporta la percepción del complemento específico en cuantía que supera el porcentaje del treinta por ciento de su retribución básica, lo que consta acreditado en el expediente tramitado.

2. La formulación expresada contenida en la Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho y concuerda con el criterio ya expresado por este

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

Consejo en su Dictamen nº 62/1994, de 27 de octubre, cuya doctrina extractada, en lo que ahora concierne se reitera:

“La normativa a tener en cuenta para la fundamentación del parecer recabado a este Órgano consultivo sobre el asunto objeto de consulta está constituida fundamentalmente por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) y la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (...).

La aplicación de la citada Ley 53/1984 viene determinada por su carácter de norma básica del régimen estatutario de la función pública, dictada al amparo del art. 149.1.18ª de la Constitución; siendo concordantes con la naturaleza de esta norma las previsiones del art. 2.1.c) del propio cuerpo legal, que prescribe su aplicación al personal al servicio de las Corporaciones Locales y de los Organismos de ella dependientes, así como las contenidas en el art. 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y art. 145 de su Texto Refundido, aprobado por R.D.L. 781/1986, de 18 de abril. Concretamente, este último precepto dispone que el régimen de incompatibilidades de los funcionarios de la Administración local es el establecido con carácter general para la función pública en la Ley 53/1984, de 28 de diciembre, y en las normas que se dicten por el Estado para su aplicación a los funcionarios de la Administración Local”.

3. Al respecto, resulta oportuna la cita de las consideraciones que al respecto también ha expresado el Consejo de Estado:

“El art. 16 de la Ley 30/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, calificado por el Tribunal Supremo (Sentencia de 21 de octubre de 1993) de elemento fundamental del sistema de incompatibilidades, establece en su apartado primero que: No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad alguna al personal que desempeñe puestos que comporten la percepción de complementos específicos o concepto equiparable y al retribuido por arancel. El apartado 4 de dicho artículo, introducido por la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, establece que:

Asimismo, por excepción y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en los arts. 1.3, 11, 12 y 13 de la presente Ley, podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de

trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución básica excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

Por consiguiente, sólo podrá reconocerse la compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas cuando el complemento específico correspondiente al puesto desempeñado no supere el treinta por ciento de la retribución básica del funcionario. Dicho artículo impide de manera clara e inequívoca el reconocimiento de compatibilidad alguna cuando la percepción del complemento específico supere la referida cuantía.

En este sentido, ha de recordarse que, según establece el art. 23.3.b) de la Ley 30/1994, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, el complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad, sin que pueda asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo. Es decir, se atiende a determinadas circunstancias del puesto de trabajo desempeñado, mientras que la retribución básica se refiere al personal que desempeña dicho puesto.

De conformidad con lo dispuesto en el referido art. 16.4 de la Ley 53/1984 y a la vista de las retribuciones correspondientes a (...), no debería haberse procedido a autorizar la compatibilidad solicitada, por cuanto el complemento específico del puesto desempeñado, como consta en antecedentes, supera el 30 por ciento de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad" (Dictamen de fecha 13 de junio 1996, 2007/1996).

4. Sobre la viabilidad de la pretensión contenida en la Propuesta de Resolución, objeto del presente Dictamen, igualmente reiteramos el criterio que al respecto de modo reiterado ha mantenido este Consejo en cuanto a la procedencia de declarar la nulidad en los supuestos de concurrencia de la causa esgrimida [art. 62.1.f) LRJAP-PAC], a cuyo efecto se transcribe la siguiente consideración del DCC nº 417/2007, de 23 de octubre:

"1. De conformidad con el art. 102.1 LRJAP-PAC, las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado y previo Dictamen favorable del Consejo de Estado o Consultivo correspondiente, 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 art. 62.1. De las distintas causas de nulidad fijadas legalmente, se fundamenta la revisión en la establecida en el apartado 1.f) del citado art. 62 LRJAP-PAC, que se refiere a 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.

La carencia debe ser de un requisito esencial para adquirir la facultad o derecho que se revisa de oficio. Requisito esencial es aquel que atañe a una circunstancia o condición a la que la norma anuda de forma directa e inmediata la obtención de un derecho o de una posición jurídica ventajosa. Esa esencialidad es de necesaria y previa consideración pues de no concurrir la misma el vicio ya no sería constitutivo de nulidad de pleno Derecho, sino de anulabilidad (art. 63 LRJAP-PAC); y sus efectos, descritos en el art. 103 LRJAP-PAC, serían los de declaración de lesividad del acto anulable ante la Jurisdicción competente”.

En el caso que ahora se examina, por las razones anteriormente expuestas, se aprecia que la autorización de compatibilidad interesada por el solicitante, como efecto derivado del acto administrativo presunto recaído, le ha generado el derecho de ejercicio de la actividad privada que pretende realizar, sin reunir el requisito legal expresamente establecido para poder concederse tal autorización y, por tanto, incumpléndose la condición a la que la norma de referencia anuda de forma directa e inmediata la posibilidad de obtención de ese derecho, que no puede sino calificarse de esencial, atendiendo la finalidad y literalidad del mandato resultante del citado precepto de aplicación (art. 16.4 de la Ley 53/1984).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho.