



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 160/2011

(Sección 1ª)

La Laguna, a 11 de marzo de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia y Seguridad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria de un procedimiento de revisión de oficio al objeto de declarar la nulidad del acto administrativo presunto por el que se concedió la compatibilidad a una funcionaria para el desempeño de actividad privada (EXP. 115/2011 RO)\**.

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio al objeto de declarar la nulidad del acto administrativo presunto por el que se concedió la compatibilidad a una funcionaria para el desempeño de actividad privada.

La legitimación del Consejero para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC) en relación el primer precepto con el art. 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). Además, de conformidad con lo previsto en este precepto, es preciso que tal Dictamen sea favorable a la declaración pretendida.

2. La revisión instada se fundamenta en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, al considerar la Administración actuante que se trata de un acto contrario al ordenamiento jurídico por el que se han adquirido facultades o derechos careciendo el interesado de los requisitos esenciales para tal adquisición.

---

\* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

## II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento son los siguientes, tal como resultan de la Propuesta de Resolución y se acreditan en el expediente:

- Mediante escrito con registro de entrada en el Servicio Canario de Empleo el 17 de julio de 2003, C.G.U. solicitó la compatibilidad entre la actividad pública de funcionaria del Cuerpo Auxiliar, adscrita al Servicio Canario de Empleo, de la entonces Consejería de Empleo y Asuntos Sociales, y la actividad privada de despacho de abogado por cuenta propia.

- El Servicio Canario de Empleo en escrito de fecha 19 de diciembre de 2003 informa negativamente el reconocimiento de compatibilidad solicitado, con base en lo dispuesto en el art. 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, ya que la interesada percibía un complemento específico muy superior al 30% de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

- Mediante oficio de la Inspección General de Servicios de 12 de enero de 2004 se comunica a la interesada que su solicitud de compatibilidad de fecha 17 de julio de 2003 se ha recibido en la citada Inspección el 30 de diciembre de 2003, que el plazo para resolver el procedimiento es de tres meses y que el sentido del silencio es positivo. Asimismo se le comunica que su expediente, una vez comprobado el mismo, está completo.

- La Inspección General de Servicios , órgano competente para resolver de conformidad con el entonces vigente Decreto 116/2001, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia e Innovación Tecnológica, dicta Resolución con fecha 13 de enero de 2004 por la que se declara la incompatibilidad a la interesada entre su puesto público como funcionaria del Cuerpo Auxiliar, adscrita al Servicio Canario de Empleo y su actividad privada de despacho de abogado por cuenta propia.

Esta Resolución fue notificada el 19 de enero de 2004.

2. El 4 de agosto de 2010, C.G.U. presentó, ante la Consejería de Empleo, Industria y Asuntos Sociales, escrito en el que solicita la revisión de oficio de la Resolución de 13 de enero de 2004. Fundamenta su solicitud en la vulneración por parte de la Administración de lo previsto en el art. 42 LRJAP-PAC, al haber dictado

esta Resolución, de carácter desestimatorio, en contra del silencio positivo producido con anterioridad.

La interesada insta asimismo la declaración de nulidad de todos los actos posteriores que traen causa en la citada Resolución de 13 de enero de 2004, en alusión a los tres procedimientos sancionadores que fueron iniciados por la comisión de la falta muy grave de incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades, tipificada en el art. 58.h) de la Ley de la Función Pública Canaria y cuyas vicisitudes describe en su escrito.

En este escrito reclama finalmente una indemnización por importe de 9.000 euros por los daños y perjuicios morales causados desde el año 2004.

3. Con estos antecedentes, mediante Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad de 15 de diciembre de 2010 se acordó iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la estimación, por silencio administrativo, de la solicitud de compatibilidad referida, así como de la Resolución de 13 de enero de 2004, de la Inspección General de Servicios, por la que se declara la incompatibilidad y a la que también se ha hecho referencia.

En el procedimiento tramitado se ha otorgado trámite de audiencia a la interesada y elaborado una inicial Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad del acto estimatorio presunto y del acto expreso posterior denegatorio de la compatibilidad. Recabado el informe del Servicio Jurídico, éste se pronuncia en sentido favorable a la declaración de nulidad del acto presunto producido, si bien considera que no procede la declaración de nulidad de la Resolución de 13 de enero de 2004 al no haberse incluido en la Orden del inicio del procedimiento, procediendo en todo caso su revocación con base en el art. 105 LRJAP-PAC, al tratarse de un acto desfavorable.

La Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento declara la nulidad de la estimación por silencio administrativo de la compatibilidad solicitada por la interesada y omite cualquier pronunciamiento sobre el acto expreso por el que se denegó la misma.

### III

1. Según resulta de los antecedentes relatados, la interesada solicitó la revisión de oficio y declaración de nulidad de la Resolución de 13 de enero de 2004, sin que por parte de la Administración se haya procedido, como resultaba procedente, a

tramitar y resolver el correspondiente procedimiento. La Administración únicamente ha tramitado la revisión de oficio del acto presunto estimatorio de la compatibilidad y deja sin resolver el instado por la interesada. Es más, si bien inicialmente la Orden de inicio y la inicial Propuesta de Resolución contienen un pronunciamiento sobre la Resolución de 13 de enero de 2004, la Propuesta final, como ya se ha relatado, omite cualquier pronunciamiento sobre la misma.

Este proceder no se considera conforme a Derecho, teniendo en cuenta que, por una parte, se debió tramitar el procedimiento iniciado a solicitud de la interesada, procediendo incluso su acumulación con el iniciado de oficio, dado que ambos recaen sobre dos actos que afectan a la misma situación jurídica de la interesada y por la evidente conexión entre ambos. Pero además, el procedimiento revisor iniciado de oficio por la Administración se dirige a declarar la nulidad de ambos actos, conforme consta en la Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad de 15 de diciembre de 2010, por lo que su Resolución final ha de contener un pronunciamiento coherente con tal finalidad. La Propuesta de Resolución ha de pronunciarse por tanto sobre la nulidad de ambos actos.

2. Por lo que se refiere a la declaración de nulidad del acto presunto por el que se declaró la compatibilidad de la actividad pública con el ejercicio de actividad privada, la Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho, al incurrir el acto en la causa de nulidad contemplada en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

En el expediente consta acreditado por medio del certificado de haberes que la interesada percibe un complemento específico muy superior al 30% de su retribución básica, excluidos los conceptos que tienen su origen en la antigüedad.

La estimación de su solicitud se ha producido, como señala la Propuesta de Resolución, en contravención de lo previsto en el art. 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, que establece 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 100 de su retribución básica excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad".

Ahora bien, de esta sola circunstancia no puede sin más alcanzarse la conclusión de que el acto es nulo de pleno Derecho, pues resulta preciso que el requisito incumplido revista carácter de *esencial*, tal como exige el art. 62.1.f) LRJAP-PAC que sirve de fundamento a la pretensión anulatoria.

La apreciación de la causa de nulidad prevista en el citado requiere, como ha señalado este Consejo (Dictámenes 96/1999, 66/2006, 158/2007, 469/2010, entre otros) así como el Consejo de Estado (Dictámenes 2.133/96, 6/97, 1.494/97, 1.195/98, 3.491/99, 2.347/2000, 2.817/2000, 1.381/2001, entre otros), no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición. Por lo tanto y en relación con esta última condición, no bastará con que el acto incumpla cualquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos se exijan para la validez del acto que determina la adquisición del derecho, sino que resulta preciso distinguir entre "requisitos necesarios" y "requisitos esenciales", de tal forma que no todos los que puedan ser considerados como necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de "esenciales" (DDCE 2.454/94, 5.577 y 5.796/97, 1.530/02, 741/04, entre otros), que sólo revestirán tal carácter cuando constituyan los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto (DCE 351/96, 5.796/97 y 2.347/2000, entre otros).

Se ha abundado además en estos Dictámenes en la consideración de que se ha de efectuar una interpretación restrictiva de este supuesto de nulidad. En efecto, el concepto de *requisitos esenciales* que constituye el núcleo de esta causa de nulidad debe restringirse a aquellas condiciones que constituyen presupuesto indispensable para la adquisición del derecho o facultad de que se trate, pues cualquier otra exégesis más amplia acabaría por desnaturalizar el carácter radical del motivo anulatorio en cuestión, en la medida en que permitiría incluir en su *ratio* cualquier infracción normativa, vaciando así de contenido un gran número de supuestos de simple anulabilidad a tenor del art. 63.2 de la LRJAP-PAC. Ello supondría un grave riesgo para la seguridad jurídica, teniendo en cuenta las diversas consecuencias que llevan aparejadas una y otra categorías de invalidez, dado que permanecerían claudicantes, en virtud de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, situaciones jurídicas cuya revisión no debe admitirse más allá del plazo cuatrienal que dispone el art. 103 LRJAP-PAC para la revisión de actos anulables (DCE nº 1.393/98). Sólo podrán considerarse esenciales aquellos requisitos cuya concurrencia sea imprescindible para la configuración del derecho en cuestión. Tales condiciones han de venir definidas de manera conforme a la Ley y su infracción afectar de modo grave tanto a la estructura esencial del acto administrativo como al precepto legal vulnerado (DCE nº 842/96).

Trasladada esta doctrina al caso concreto, puede considerarse que efectivamente el requisito establecido en el art. 16.4 de la Ley 53/1984 reviste el carácter de esencial, pues contiene una prohibición absoluta para el ejercicio de actividad privada de aquellos funcionarios que perciban complemento específico que supere el citado 30% de las retribuciones básicas. El carácter esencial de este requisito se justifica además porque, como señala la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de enero de 2003, citada por el Servicio Jurídico en su informe, el art. 16. 4 citado ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, ya que la Ley 53/1984 “parte de un principio general proclamado en su art. 1 de que el desempeño de un puesto de trabajo por el personal comprendido en su ámbito de aplicación es incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia”, estableciendo en consecuencia unas prohibiciones generales de compatibilidad, entre las que se encuentra la establecida en el art. 16.4. El acto estimatorio presunto ha de considerarse pues nulo de pleno Derecho por aplicación de la causa prevista en el art. 62.1 f) LRJAP-PAC, ya que la interesada ha adquirido un derecho sin reunir el requisito de carácter esencial relativo a la percepción de complemento específico en cuantía inferior al 30% de sus retribuciones básicas, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

3. Por lo que se refiere a la Resolución de 13 de enero de 2004, por la que se declaró la incompatibilidad a la interesada entre su actividad pública y la actividad privada, la propia Propuesta de Resolución considera que este acto no debió dictarse, no obstante no reunir aquélla los requisitos indispensables para que la compatibilidad pudiera reconocerse. Se argumenta en este sentido que al tratarse de un procedimiento iniciado a solicitud de la interesada y haber transcurrido el plazo máximo para resolver, que es de tres meses según dispone el art. 4 en relación con el Anexo del Decreto 164/1994, de 29 de julio, por el que se adaptan los procedimientos administrativos de la Comunidad Autónoma a lo dispuesto en la LRJAP-PAC, la solicitud para declarar la compatibilidad debió entenderse estimada por silencio administrativo (art. 43.1 LRJAP-PAC), ya que la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento (art. 43.2 y 3 LRJAP-PAC).

La Propuesta de Resolución no anuda sin embargo ninguna consecuencia en orden a la nulidad de este acto, como ya se ha señalado. Este debe, no obstante, considerarse igualmente nulo de pleno Derecho, pues una vez producida la estimación por silencio administrativo, éste tuvo como consecuencia la finalización

del procedimiento, tal como dispone el art. 43.2 LRJAP-PAC, con la consecuencia además de impedir a la Administración dictar un acto administrativo expreso de sentido contrario, pues dispone el art. 43.3 de la misma Ley que la resolución expresa posterior sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

El acto incurre por consiguiente en la causa de nulidad prevista en el apartado e) del art. 62-1 LRJAP-PAC, pues si el procedimiento administrativo ha de considerarse finalizado una vez producido el silencio, el acto posterior se ha dictado con ausencia total y absoluta de todo procedimiento.

La nulidad de este acto comporta asimismo la de todos aquellos actos que traen causa en el mismo, esto es, de las sanciones impuestas a la interesada por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el art. 58.h) de la Ley de la Función Pública Canaria, a las que alude en su solicitud de revisión de oficio.

4. Finalmente, la Propuesta de Resolución debe contener un pronunciamiento, en el sentido que corresponda, acerca de la indemnización solicitada por la interesada.

## CONCLUSIONES

1. De acuerdo con lo expuesto en el Fundamento III.1, en la tramitación de la Propuesta resolutoria analizada se han producido vicios procedimentales que afectan decisivamente a su validez, no siendo conforme a Derecho por tal razón y, por ende, improcedente la declaración de nulidad que contiene.

2. Tampoco es jurídicamente adecuada dicha Propuesta de Resolución, pues, aun existiendo causa para declarar la nulidad del Acto administrativo del que se trata, ha de efectuarse necesariamente un pronunciamiento, en el mismo Acto a dictar, sobre la Resolución de 13 de enero de 2004, que se considera asimismo nula por la razón expuesta en el Fundamento III.3.

3. Este último pronunciamiento, cuya omisión genera que el Dictamen sea también desfavorable a la pretensión de la Administración, viene exigido por la esencial conexión que existe entre ambos Actos administrativos, sin bastar al efecto una eventual revocación posterior del segundo por tal motivo y, es claro, por las diferentes consecuencias existentes entre la nulidad y la revocación, que, en este supuesto, tienen decisiva trascendencia.

4. No obstante lo expuesto, nada obsta a que, subsanadas las deficiencias expresadas, se tramite procedimiento revisor en los términos procedentes, de acuerdo con este Dictamen, sobre cuya Propuesta de Resolución ha de solicitarse pronunciamiento del Consejo Consultivo.