



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 587/2011

(Sección 1ª)

La Laguna, a 3 de noviembre de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de la estimación por silencio administrativo de la solicitud de compatibilidad instada por C.G.U., entre su puesto público como funcionaria del Cuerpo Auxiliar adscrita al Servicio Canario de Empleo, Consejería de Empleo, Industria y Comercio y su actividad privada de despacho de abogado por cuenta propia y de la Resolución de 13 de enero de 2004 de la Inspección General de Servicios por la que se declara la incompatibilidad entre ambas actividades (EXP. 607/2011 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado preceptivamente por el Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio iniciado 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, así como de la posterior Resolución de 13 de enero de 2004, de la Inspección General de Servicios, por la que se declaraba a los efectos oportunos incompatibles ambas actividades.

La legitimación del Consejero para solicitar el Dictamen, el carácter preceptivo de la solicitud y la competencia de este Organismo para emitirlo resultan de los artículos 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo, en relación el primero con el artículo 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 último precepto, el

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

Dictamen ha de ser favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar lo contrario, sino resolverse en consecuencia; es decir, ha de entender conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, procediendo la declaración de nulidad al incurrir el acto sometido a revisión, justificadamente en la causa alegada por la Administración.

2. La revisión y subsiguiente pretensión anulatoria se fundamentan en el apartado f) del artículo 62.1 LRJAP-PAC, en lo referente al acto presunto afectado, pues la Administración actuante considera que se trata de un acto contrario al Ordenamiento Jurídico por el que se han adquirido facultades o derechos careciendo la interesada de los requisitos esenciales para tal adquisición, mientras que lo hacen en el apartado e) del mismo precepto en cuanto a la Resolución de 13 de enero de 2004, al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

II

1. Los antecedentes del 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 integrado en 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 artículo 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, excluido el concepto referido a 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 aprobó 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 como funcionaria del Cuerpo Auxiliar, integrado en el Servicio Canario de Empleo, y su actividad privada de despacho de abogado.

Esta Resolución fue notificada el 19 de enero de 2004.

2. El 4 de agosto de 2010 la interesada presentó ante la entonces 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, en orden a declararla nula. Fundamenta su solicitud en la vulneración por parte de la Administración de lo previsto en el artículo 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, con 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 artículo 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. 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, aunque finalmente se obvió ésta de la declaración propuesta a la luz de cierta información al respecto.

En este procedimiento recayó el Dictamen de este Consejo 160/2011, de 11 de marzo, en el que se concluyó en la inadecuación jurídica de la Propuesta de Resolución pues, aun existiendo causa para declarar la nulidad del Acto presunto, se estimó que igualmente habría de efectuarse un pronunciamiento, en la Resolución a dictar, sobre el citado auto expreso que, como se dijo, se omitió pese a lo recogido en la Orden de inicio de la revisión en tal Propuesta.

Lo que se consideró venía exigido por la esencial conexión entre ambos actos administrativos, sin bastar al efecto una eventual revocación posterior de la Resolución citada por tal motivo y por las diferentes consecuencias entre nulidad y revocación que, en este supuesto, tienen decisiva trascendencia.

No obstante lo expuesto, el Dictamen también advertía que, subsanadas las deficiencias expresadas, nada obsta a la tramitación de nuevo procedimiento revisor en los términos procedentes, sobre cuya Propuesta de Resolución habría de solicitarse pronunciamiento de este Consejo Consultivo.

4. Consiguientemente y mediante Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad de 12 de agosto de 2011 se acordó iniciar procedimiento de revisión de oficio tanto del acto presunto de estimación por silencio administrativo de la solicitud de compatibilidad referida, como de la reiterada Resolución de 13 de enero de 2004, de la Inspección General de Servicios.

En el procedimiento tramitado se ha realizado trámite de vista y audiencia a la interesada y elaborado una inicial Propuesta de Orden por la que se declara la nulidad de ambos actos y, recabado informe del Servicio Jurídico éste se pronuncia en sentido favorable a la declaración de nulidad propuesta.

Y, en efecto, la Propuesta resolutoria definitiva contiene sendas declaraciones de nulidad de los actos reseñados, con base, según se indicó, en las causas recogidas, respectivamente, en el art. 62.1, apartados f) y e) LRJAP-PAC.

III

1. Pues bien, en lo referente a la nulidad del acto presunto, estimándose la compatibilidad solicitada, ha de indicarse que, según se expuso en el citado Dictamen 160/2011, procede que sea declarada.

Así, 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, excluida la retribución por antigüedad. Lo que supone la contravención en la estimación 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, como dice la Propuesta de Resolución, pues permite el reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o equiparables, cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución básica con la exclusión antedicha.

2. Al respecto se recuerda que es necesario, al fin pretendido, que el requisito incumplido con la vulneración jurídica del precepto aplicable, el antes citado, para obtener el derecho o facultad obtenida sea efectivamente esencial, en los términos y los motivos expresados tanto en Dictámenes de este Organismo, particularmente 96/1999, 66/2006, 158/2007, 469/2010 y 160/2011, o así como del Consejo de Estado (2.133/96, 2.347/2000 o 1.381/2001), a los que nos remitimos.

Esto es, sin bastar tal vulneración ni que el requisito incumplido en la obtención, recogido en la norma vulnerada, aunque sea necesario y afecte a la adecuación jurídica del acto realizado, no sea esencial en tales términos, debiendo ser presupuesto básico en la estructura del acto o determinante para la consecución de la finalidad de la norma aplicable o para el reconocimiento del derecho a obtener, alcanzándose esta conclusión con una interpretación restrictiva de esa previsión de nulidad por las razones igualmente señaladas en la Doctrina citada, distinguiéndose debidamente de las causas de anulabilidad (art. 63.2 LRJAP-PAC).

3. Trasladada esta doctrina al caso concreto, puede considerarse que el requisito establecido en el artículo 16.4 de la Ley 53/1984 para el reconocimiento o estimación de compatibilidad a los funcionarios tiene, efectivamente, carácter de esencial, pues supone su incumplimiento la prohibición absoluta para ejercer actividad privada por los funcionarios que superen tal determinación, consistiendo su vulneración el elemento clave del acto considerado, por un lado, y tanto obstando la obtención de la finalidad del precepto, como desnaturalizando el derecho a obtener, por el otro.

En este sentido, como dice la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de enero de 2003, citada por el informe del Servicio Jurídico, la Ley en la que se incluye el art. 16.4 a aplicar parte del principio, a seguir en su inteligencia y aplicación, proclamada en su art. 1 de que, salvo excepción, específica y en sus propios términos, el desempeño de un puesto de trabajo por el personal afectado es incompatible con cualquier actividad, en particular profesional, que menoscabe el cumplimiento de sus deberes o comprometa su imparcialidad, estableciendo expresamente a este fin prohibiciones de compatibilidad, entre las que está la contemplada, a sensu contrario, en el precepto mencionado.

IV

1. Por lo que se refiere a la Resolución de 13 de enero de 2004, la Propuesta de Resolución parte del reconocimiento de que este acto no debió dictarse, pese a no reunir la interesada los requisitos indispensables para que la compatibilidad pudiera reconocerse.

En este sentido, se argumenta correctamente que, al tratarse de un procedimiento iniciado a solicitud de interesado, la de la interesada recabando el reconocimiento de compatibilidad, y haber transcurrido el plazo máximo para resolver, y notificar, que es de tres meses, según Anexo del Decreto 164/1994, de adaptación de los procedimientos administrativos en el ámbito de la Comunidad Autónoma a lo establecido en la LRJAP-PAC al respecto, tal solicitud debió entenderse estimada por silencio administrativo (artículo 43.1 LRJAP-PAC) y, en consecuencia, el acto presunto tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento (artículo 43.2 y 3 LRJAP-PAC).

Justamente, en el Dictamen 160/2011 se mantuvo, corroborándolo ahora, que el acto revisado es, ciertamente, también nulo de pleno derecho, produciéndose la finalización, en efecto, del procedimiento iniciado con la solicitud, tal como dispone el artículo 43.2 LRJAP-PAC, estimándose la solicitud por silencio positivo e impidiendo otro acto expreso de sentido contrario, pues el apartado 3 del mismo artículo dispone que la resolución expresa posterior sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

Consecuentemente, el acto expreso dictado pese a ello incurre en la causa de nulidad prevista en el apartado e) del artículo 62-1 LRJAP-PAC, pues, por la razón antedicha, el acto posterior se dicta con ausencia total y absoluta de todo procedimiento, habiendo finalizado el tramitado y no cabiendo trámites ulteriores.

2. Sin perjuicio de la conformidad a Derecho de la Propuesta de Resolución en cuanto declara la nulidad de ambos actos, procede señalar que la misma no da respuesta a la solicitud, también planteada por la interesada en su escrito inicial, de declaración de nulidad de todos los actos posteriores que traen causa en la 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 artículo 58.h) de la Ley de la Función Pública Canaria y cuyas vicisitudes describe en su escrito.

Tal respuesta es obligada, de acuerdo con lo previsto en el art. 89 LRJAP-PAC, siendo por lo demás, según se expone razonadamente al efecto en el Dictamen antes indicado, conforme a Derecho la declaración solicitada, al ser nula la Resolución en la que se apoya para iniciarse los procedimientos sancionadores en cuestión y, por ende, los respectivos actos sancionadores.

Y tampoco se ha dado respuesta, en el sentido que proceda, a la solicitud de una indemnización por importe de 9.000 euros por los daños y perjuicios morales causados desde el año 2004, cabiendo, en el peor de los casos, iniciar el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial al fin correspondiente.

C O N C L U S I O N E S

1. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen se considera conforme a Derecho en cuanto declara la nulidad del acto administrativo presunto por el que se concedió la compatibilidad para el desempeño de actividad privada, así como de la Resolución de 13 de enero de 2004, de la Inspección General de Servicios, por la que se declara la incompatibilidad entre ambas actividades.

2. No obstante, en la Resolución debe efectuarse pronunciamiento sobre los extremos señalados en el Fundamento III.3, en el sentido reseñado, al menos en lo referente a las sanciones de referencia.