



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 5 / 2 0 1 4

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de marzo de 2014.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de El Rosario en relación con la *Propuesta de Resolución de la revisión de oficio del acto presunto por el que se concedió la compatibilidad a E.M.M.A., funcionaria de la Policía Local de El Rosario, para el desempeño de actividad privada como Abogado (EXP. 58/2014 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado preceptivamente, el 24 de febrero de 2014 (RE 25 de febrero de 2014), por el Alcalde del Ayuntamiento de El Rosario, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio al objeto de declarar la nulidad del acto presunto por el que se concedió la compatibilidad a E.M.M.A., funcionaria de la Policía Local de El Rosario, para el desempeño de actividad privada como Abogado, por entender que concurre la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 62.1.f) de la citada LRJAP-PAC.

2. La legitimación del Sr. Alcalde para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo de Canarias en relación el primer precepto 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 precepto, para que proceda la revisión de oficio es preciso que tal dictamen sea favorable a la declaración pretendida.

* **PONENTE:** Sr. Brito González.

II

1. Los antecedentes que motivan la tramitación de este procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

- Con fecha 2 de octubre de 2013 se solicitó al Ayuntamiento de El Rosario la compatibilidad para el ejercicio de actividad privada por cuenta propia, consistente en ejercicio de la Abogacía por la funcionaria E.M.M.A., Policía Local de aquel Ayuntamiento.

- La solicitud de compatibilidad fue informada negativamente por el Servicio de Recursos Humanos el 9 de diciembre de 2013, que propuso su desestimación, por no concurrir en ella el requisito esencial exigido para la aplicación de la 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 (LI), 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 la peticionaria de dicha autorización.

- El 3 de enero de 2014, se presenta por la interesada escrito poniendo en conocimiento del Ayuntamiento el ejercicio de la actividad privada de Abogacía por entender que la compatibilidad solicitada le fue concedida por silencio positivo al haber vencido el plazo para dictar Resolución sobre la compatibilidad solicitada, sin haberse dictado ni notificado resolución expresa.

- El 24 de enero de 2014, se emite informe de Secretaría General en el que se propone la tramitación de procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad del acto presunto por el que se concedió la compatibilidad para el ejercicio de la Abogacía a la interesada, por concurrir tal acto en la causa de nulidad del art. 62.1.f) LRJAP-PAC. Asimismo, se propone la suspensión de la ejecución del acto presunto, de conformidad con el art. 104 del texto citado, por poderse originar daños de imposible o difícil reparación.

2. El presente procedimiento de revisión de oficio se inicia por Acuerdo del Pleno de la Corporación Municipal de 4 de febrero de 2014, por lo que está sometido al plazo de caducidad de tres meses establecido en el art. 102.5 LRJAP-PAC cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio.

A lo largo de este procedimiento, correctamente tramitado, constan las siguientes actuaciones:

- A la vista del informe de Secretaría General, con fecha 31 de enero de 2014 la Comisión Informativa de Servicios Generales y económicos eleva al Pleno del Ayuntamiento dictamen en el que se concluye la procedencia de inicio de procedimiento de revisión de oficio, así como de la suspensión de la ejecución del acto presunto por el que se concede a la interesada la compatibilidad solicitada; lo que se notifica a la interesada a fin de que presente las alegaciones que estime oportunas, el 5 de febrero de 2014.

- El 17 de febrero de 2014, la interesada presenta escrito de alegaciones oponiéndose a la revisión de oficio y solicitando, de modo subsidiario, reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños irrogados como consecuencia de haberse visto truncadas sus expectativas y haber devenido inútil la inversión realizada de tiempo y dinero.

- El 21 de febrero de 2014, se emite informe-propuesta de Resolución por la Secretaría General, que se somete a dictamen del Consejo Consultivo de Canarias.

III

1. La Propuesta de Resolución propugna declarar la nulidad de pleno derecho del acto administrativo presunto de reconocimiento de compatibilidad a la funcionaria E.M.M.A., para el ejercicio de actividad privada por cuenta propia como Abogada, 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 LI, 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 Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho y concuerda con el criterio ya expresado por este Consejo en anteriores Dictámenes (116/2008, 160/2011, entre otros). Así, tras la reiteración de los informes obrantes en el expediente, viene a señalar:

«La Ley 7/2007 del 12 de abril del Estatuto básico del empleado público (en adelante EBEP) tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación.

El artículo 2 del EBEP establece que están dentro de su ámbito de aplicación el personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas de entre otras, las administraciones de las Entidades Locales. El artículo 3 respecto al personal funcionario de las Entidades Locales establece lo siguiente:

“El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local.

Los Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

(...)

Respecto a la regulación del régimen de incompatibilidades de los funcionarios de la Administración Local la normativa aplicable es la siguiente:

- Artículo 6 apartado 7 de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que en su artículo 52 establece que los Cuerpos de la Policía Local se regirán en cuanto a su régimen estatutario por los principios Generales de los Capítulos II y III del título I y por la sección IV del Capítulo IV del Título II de la presente Ley: “La pertenencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es causa de incompatibilidad para el desempeño de cualquier otra actividad pública o privada, salvo aquellas actividades exceptuadas de la legislación sobre incompatibilidades.

(...)

- Artículo 145 del Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local: “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 26 de diciembre, y en las normas que se dicten por el Estado para su aplicación a los funcionarios de la Administración Local”.

El artículo 11 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre, establece que el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por

cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el departamento, organismo o entidad donde estuviera destinado. Se exceptúan de dicha prohibición las actividades particulares que, en ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para sí los directamente interesados. (...).

El artículo 12 expresamente establece las actividades que el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no puede ejercer. Las actividades son las siguientes:

a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público. (...).

El artículo 16 de la Ley 53/1984 en su apartado 1 indica que “No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b del artículo 24 del presente Estatuto incluyan el factor de incompatibilidad al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección”.

Este apartado fue redactado por la disposición final tercera del Estatuto Básico del Empleado Público y entrará en vigor con la aprobación de las leyes de Función Pública de las Administraciones Públicas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, por tanto no está vigente en la actualidad.

La redacción actual de este apartado 1 del artículo 16 es la siguiente: “No se podrá autorizar 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 del artículo 16 indica que “Asimismo, por excepción, y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en los artículos 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 % de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad”.

Por tanto, como excepción se podrá reconocer la compatibilidad a E.M.M.A. para el ejercicio de actividades de abogacía siempre que el importe que perciba por el complemento específico no fuese superior al 30% de sus retribuciones básicas excluido el importe de los trienios.

El artículo 23 del Estatuto Básico del Empleado Público indica que las retribuciones básicas, que se fijan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, estarán integradas única y exclusivamente por:

El sueldo, asignado a cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tengan Subgrupo.

Los trienios, que consisten en una cantidad, que será igual para cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, por cada tres años.

El sueldo que percibe E.M.M.A. en función al Subgrupo C1 al que pertenece asciende a 8.640,24 € anuales según el artículo 22.Cinco.I de la Ley 17/2012 de 27 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. El 30% del sueldo asciende a 2.592,07 €, sin embargo la Relación de Puestos de Trabajo que es el documento que indica las retribuciones complementarias de los puestos según el artículo 74 del EBEP, para el puesto SMP-F-19 (y para los restantes puestos de Policía Local) establece el importe del complemento específico en 11.800,00 € anuales.

CONCLUSIÓN El ejercicio de la Abogacía solicitado por la funcionaria no infringe lo establecido en el artículo 11 y 12 anteriormente expuesto. Sin embargo, la cantidad que percibe E.M.M.A. en concepto de complemento específico es superior al 30% del sueldo, concretamente percibe 11.800,00 € anuales, pudiendo como máximo percibir para poder autorizar la compatibilidad en base al artículo 16.4 de la Ley 53/1984, la cantidad de 2592,07 € anuales y es por lo que en base a este motivo no procede el reconocimiento de la compatibilidad para dicha actividad».

IV

1. Pues bien, respecto del escrito de alegaciones presentado por la interesada el 17 de febrero de 2014 y que es adecuadamente refutado por la Propuesta de Resolución, debe señalarse lo siguiente en relación con la revisión de oficio que nos ocupa:

Le es de aplicación a la funcionaria solicitante de la compatibilidad la Ley 53/1984 conforme a la normativa expuesta en la Propuesta de Resolución antes citada, lo que, en cualquier caso, no ha sido discutido por la interesada.

Aquella Ley regula en su art. 16 la prohibición de compatibilidad y sus excepciones. A tal efecto, en su apartado 1 establece la regla general consistente en que *“No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad alguna al personal que desempeñen puestos que comporten la percepción de complementos específicos o concepto equiparable, y al retribuido por arancel.*

Sin embargo, el apartado 4 establece como excepción a aquella regla la de que *“(…) sin perjuicio de las limitaciones establecidas en los artículos 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 % de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad”.*

Sentadas estas premisas, resulta que la cantidad que la solicitante percibe en concepto de complemento específico es superior al 30% del sueldo, concretamente percibe 11.800.00 euros anuales, pudiendo percibir, como máximo para poder autorizar la compatibilidad, la cantidad de 2.592,07 euros anuales. Por ello, no ostenta la interesada el requisito exigido en el art. 16.4 LI para la aplicación de la excepción en él contemplada.

2. Frente a esta argumentación, la solicitante argumenta su oposición a la nulidad pretendida a través de la revisión de oficio en que al no estar contemplado en su complemento específico el factor de incompatibilidad no puede fundamentar la Administración la denegación de compatibilidad en base a la limitación prevista en el art. 16.4 LI pues la excepción establecida en ese apartado ha de ponerse en relación con el apartado 1 del mismo artículo y con el art. 24.b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), por lo que es aplicable sólo cuando el complemento específico valora la incompatibilidad como circunstancia a retribuir por el mismo, supuesto que no se da en su caso.

Al respecto, debe señalarse que, ciertamente, el apartado 1 del art. 16 LI ha sido objeto de modificación por la disposición final tercera EBEP, disponiendo su nuevo texto que *“No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral citando las retribuciones*

complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b) del artículo 24 del presente Estatuto incluyan el factor de incompatibilidad al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección”.

Ahora bien, no resulta aplicable al caso que nos ocupa esta nueva redacción porque, según la disposición final cuarta EBEP, la nueva redacción de este precepto sólo *“producirá efectos en cada Administración Pública a partir de la entrada en vigor del Capítulo III del Título III con la aprobación de las Leyes de Función Pública de las Administraciones Públicas que se dicten en desarrollo de este Estatuto”.*

Por ello, sigue siendo de aplicación el texto mediante el cual no se toma en consideración alguna, a efectos de compatibilidad, que el concepto retributivo del complemento específico incluya el factor de incompatibilidad. Así, según la norma actualmente vigente, la regla es que no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal que desempeñe puestos que comporten la percepción de complemento específico o concepto equiparable al retribuido por arancel, salvo la excepción establecida en el apartado 4 del art. 16 LI. Este apartado, por tener que ponerlo en relación con el apartado 1, determina que pueda reconocerse compatibilidad cuando el complemento específico, sin distinción de la inclusión o no de factor de incompatibilidad, no supere el 30 % de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

3. Por último, la interesada esgrime como argumento a favor de que se considere el límite del 30% del complemento específico cuando se retribuya en el mismo la incompatibilidad el contenido de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 982/2013, de 2 de diciembre de 2013, que, si bien referido a un Guardia Civil, entiende la interesada que, dada la similitud de funciones de tal Cuerpo y del de Policía Local, resulta extensible.

La Propuesta de Resolución, tras transcribir la Sentencia, viene a concluir, correctamente, que no es aplicable su doctrina al caso que nos ocupa, pues, efectivamente, en aquélla se reconoce la compatibilidad a un Guardia Civil para el ejercicio de la Abogacía al no acreditarse que el componente singular del complemento específico superara el 30% de sus retribuciones básicas. Mas, ello se funda en la diferenciación existente entre componente general y singular establecida en el Real Decreto 950/2005, de 29 de julio, de Retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que no es de aplicación a la Policía Local sino,

exclusivamente, tal como señala el art. 4, apartado 13.b) de esa disposición, *a la Guardia Civil y al Cuerpo Nacional de Policía*.

No se olvide que, a tenor del art. 4.1 del Código Civil, sólo procederá la aplicación analógica de las normas para supuestos en los que exista identidad de razón en relación con el supuesto concreto, cuando para este supuesto exista laguna legal. Sin embargo, en el presente caso no hay tal laguna, tan solo hay una regulación propia para la Guardia Civil y la Policía Nacional que difiere, en el aspecto aquí dilucidado, con la regulación aplicable a los Policías Locales.

4. 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.

Como ya se ha señalado, en el expediente consta acreditado 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 por lo que la estimación de su solicitud se ha producido, como señala la Propuesta de Resolución, en contravención de lo previsto en el art. 16.4 LI.

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.

Como ha señalado reiteradamente este Consejo Consultivo (Dictámenes 31/2014 y 291/2013, entre otros muchos) siguiendo la Doctrina dictada por el Consejo de Estado, la apreciación de la causa de nulidad prevista requiere 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 y 741/04, entre otros), que sólo revestirán tal carácter cuando constituyan

los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto (DDCE 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 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 LI 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 bien impone el art. 3.1 del Código Civil, las normas deben interpretarse atendiendo "fundamentalmente" al espíritu y finalidad de las mismas. De ello resulta, que aquel artículo ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, ya que la LI parte del 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"*, estableciéndose en consecuencia unas prohibiciones generales de compatibilidad, entre las que se encuentra la establecida en el art. 16.1, por lo que el supuesto del art. 16.4 es una excepción a un régimen que pretende evitar la compatibilidad.

Por todo ello, el acto estimatorio presunto ha de considerarse 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.

5. Por último, la interesada invoca, de modo subsidiario, en su escrito de alegaciones, la responsabilidad patrimonial por los daños irrogados como consecuencia de la tramitación y eventual resolución del procedimiento de revisión de oficio en la que se anule el acto presunto por el que se le concedió la compatibilidad para el ejercicio de la abogacía.

A este respecto, ha de decirse que aunque el art. 102.4 LRJAP-PAC permite reconocer al interesado, en la propia Resolución en la que se declare la nulidad de un acto, las indemnizaciones que procedan, ello queda sujeto por la propia norma al cumplimiento de las circunstancias previstas en los arts. 139.2 y 141.1 de la Ley citada.

No obstante, no se ha acreditado daño alguno por la interesada, que alude a un daño hipotético, cual sería la frustración de expectativas la inutilidad de inversión económica y de tiempo, por lo que no debe contemplarse responsabilidad alguna de la Administración en este procedimiento de revisión de oficio, sin perjuicio de que se inste posteriormente, de acuerdo con los arts. 139 y ss. LRJAP-PAC, procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración.

CONCLUSIÓN

Por las razones anteriormente expuestas en el Fundamento IV, la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen se considera conforme a Derecho.