



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 215/2014

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de junio de 2014.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución de la revisión de oficio del acto presunto por el que se concedió a la funcionaria M.F.G.B. la compatibilidad para el ejercicio de actividad privada, al incurrir en un supuesto de nulidad de pleno derecho (EXP. 189/2014 RO)\**.

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del acto presunto de autorización de compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas otorgada a la funcionaria M.C.G.B.

2. La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo 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 los arts. 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) y el art. 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

3. El Acuerdo que se pretende revisar es un acto firme en vía administrativa, por cuya razón puede ser objeto de revisión de oficio [art. 102.1 LRJAP-PAC en relación con el art. 52.2.a) LRBRL].

---

\* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

4. El 28 de marzo de 2014, el Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife adoptó un acuerdo por el que, a causa de haber transcurrido tres meses desde su iniciación, declaraba la caducidad y archivo de actuaciones de un anterior procedimiento de revisión de oficio del mismo acto presunto que se pretende revisar en este para, simultáneamente, iniciar un procedimiento de revisión de oficio de dicho acto con base en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC en relación con el art. 16.1 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LI), por considerar que, conforme a este último precepto, un requisito esencial para adquirir el derecho a compatibilizar el desempeño de un puesto de funcionario con el ejercicio de actividades privadas consiste en que no se perciba un complemento específico superior al 30 por cien de las retribuciones básicas, circunstancia que no concurre en la interesada.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que impidan entrar en el fondo del asunto.

## II

1. La funcionaria del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, M.F.G.B., ocupa el puesto de Administrativa (Grupo C-Subgrupo C 1) de la Sección de Soporte Administrativo del Servicio de Gestión y Control de Servicios Públicos, con un complemento de destino 17 y con el complemento específico 390, con código F490 en la actual Relación de Puestos de Trabajo (RPT). Este complemento específico, como está acreditado en el expediente, supera el treinta por ciento de sus retribuciones básicas, hecho que no cuestiona la interesada.

2. El 24 de febrero de 2012 mediante comparecencia en el Registro de Entrada del Servicio de Recursos Humanos, solicitó la compatibilidad para el desarrollo de una actividad privada sin más precisiones. La Administración la requirió para que subsanara su solicitud en orden a que precisara la naturaleza de la actividad privada y su horario, a lo cual procedió la interesada el 9 de marzo de 2012 mediante escrito en el que expresaba que la actividad consistía en el ejercicio privado de la abogacía fuera de su horario laboral en la función pública.

3. La disposición adicional primera del Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, fija en tres meses el plazo máximo para dictar Resolución expresa sobre las solicitudes del personal de reconocimiento de compatibilidad para ejercer actividades privadas y dispone que vencido dicho plazo sin haberse dictado esa Resolución se podrán entender estimadas. En virtud de esta regla, como la

Administración ni dentro ni fuera de plazo nunca resolvió expresamente sobre la solicitud de la interesada, ésta adquirió por acto presunto el derecho a compatibilizar con el ejercicio privado de la abogacía su actividad como funcionaria.

4. En trámite de audiencia, la interesada se opone a la declaración de nulidad pretendida con fundamento en que el acto presunto es conforme a Derecho, porque los funcionarios pueden compatibilizar el ejercicio de una actividad privada, aunque el complemento específico que perciban supere el 30% de sus retribuciones básicas, como resulta de:

a) La Resolución de 20 de diciembre de 2011, de la Secretaria de Estado para la Función Pública, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011 y se aprueba el procedimiento para la reducción, a petición propia, del complemento específico de los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los subgrupos CI, C2 y E y se autoriza la superación, para el personal al servicio de la Administración General del Estado, del límite previsto en el art. 7.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

b) La disposición adicional quinta del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (RDL 20/2012), que dice así:

*“Disposición Adicional quinta. Posibilidad de que los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los Subgrupos A1 y A2 soliciten la reducción, a petición propia, del complemento específico*

*1. Los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los Subgrupos A1 y A2 , incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 598 / 1985, de 30 de abril, podrán solicitar ante las órganos y unidades de personal con competencias en materia de personal de los Departamentos, Organismos Autónomos y Entidades gestoras de la Seguridad Social en los que estén destinados la reducción del importe del complemento específico correspondiente al puesto que desempeñan al objeto de adecuarlo al porcentaje al que se refiere el artículo 16.4 de la Ley 53 / 1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas”.*

c) La disposición adicional cuadragésima segunda de la Ley 10/2012, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el

año 2013 (LPG-2013), que prevé para los funcionarios de la Administración autonómica que lo soliciten la reducción del complemento específico al objeto de adecuarlo al art. 16.4 LI.

d) El acuerdo, de 25 de enero de 2013, del Pleno del Cabildo Insular de Tenerife por el que se aprobó la regulación del procedimiento de reducción de complemento específico para la autorización de una segunda actividad por parte de los empleados públicos.

5. Según el art. 2.1.c) LI la misma es de aplicación al personal de las Administraciones locales. Según su disposición final primera, el art. 16 es de carácter básico. Este precepto, ubicado en el Capítulo V, que establece las normas comunes en materia de incompatibilidades aplicables a todos los funcionarios y empleados de las Administraciones públicas, dispone así:

*“Artículo 16. [Prohibición de compatibilidad y excepciones]*

*1. 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.*

*(...)*

*4. 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 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad”.*

6. El apartado 1 del art. 16 LI ha sido modificado por la disposición final tercera. 2 de Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) en los siguientes términos:

*“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”*

7. El art. 24 EBEP establece:

*“Artículo 24. Retribuciones complementarias*

*La cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores:*

*a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa.*

*b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo.*

*c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos.*

*d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo”.*

Este precepto está ubicado en el Capítulo III del Título III del EBEP, por lo que, según el primer párrafo de su D.F. IV, entrará en vigor a partir de la fecha de vigencia de las leyes autonómicas de función pública aprobadas en desarrollo del EBEP.

8. La modificación del art. 16.1 LI entrará en vigor con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el segundo párrafo de la disposición final cuarta.2 EBEP cuya redacción es la siguiente:

*“La disposición final tercera 2 del presente Estatuto 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. Hasta que se hagan efectivos esos supuestos la autorización o denegación de compatibilidades continuará rigiéndose por la actual normativa”.*

9. El art. 2 EBEP dispone su aplicación al personal funcionario de las Administraciones de las Entidades Locales en los términos que precisa su art. 3.1:

*“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”.*

10. De este conjunto normativo resulta que los funcionarios de las Administraciones Locales, hasta que no entren en vigor las leyes autonómicas de función pública aprobadas en desarrollo del EBEP, se rigen, en cuanto al régimen de incompatibilidades, por la LI y su actual normativa de desarrollo.

De este conjunto normativo resulta también que la norma llamada a regular el régimen de incompatibilidades de los funcionarios de las Administraciones Locales es una ley autonómica que se dirija expresamente a ello en desarrollo del EBEP y sin contradecir la LI. Mientras tanto, en esta materia rige la normativa anterior. De donde se sigue que no se puede acoger la alegación de que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011, la disposición adicional quinta Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad y la disposición adicional cuadragésimo segunda LPG-2013, amparan la legalidad del acto presunto a revisar, porque el Acuerdo y la primera norma se aplican únicamente a los funcionarios de la Administración central y la segunda norma se aplica exclusivamente a los de la Administración autonómica. No son normas aplicables a los funcionarios de las Entidades Locales.

11. Pero además, y esta es la razón decisiva, ese Acuerdo y normas no permiten que un funcionario que perciba el complemento específicos, o concepto equiparable, en cuantía superior al 30% de su retribución básica pueda compatibilizar una actividad privada con el desempeño de la función pública, sino lo que permite es que los funcionarios soliciten una reducción de dicho complemento para que no supere el referido porcentaje del art. 16.4 LI en orden a solicitar la autorización para el ejercicio de una actividad privada.

12. En definitiva, las alegaciones de la interesada carecen de virtualidad obstativa de la declaración de nulidad que se persigue.

### III

En el Fundamento Jurídico XI de la STC 197/2012, de 6 noviembre, se sintetiza la doctrina constitucional sobre el régimen de incompatibilidades de los funcionarios y su relación con la percepción complemento específico. Según esta jurisprudencia constitucional, ya que se considera que todo el art. 16 LI es de carácter básico, la regla general es la incompatibilidad entre el desempeño de un puesto en el sector público y el ejercicio de una actividad privada; la excepción es la posibilidad de compatibilizarlas.

Esa excepción descansa sobre el requisito de que no se perciba complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía supere el 30 por 100 de las retribuciones básicas, excluidas de éstas el complemento de antigüedad. Este requisito tiene por tanto la naturaleza de esencial para que el funcionario adquiera el derecho a compatibilizar su actividad al servicio de una Administración pública con una actividad privada. Por esta razón, nuestros anteriores Dictámenes 216/2008, de 10 de junio, 160/2011 de 11 de marzo, y 587/2011 de 3 de noviembre, recaídos todos ellos en procedimientos de revisión de oficio en que se perseguía la declaración de nulidad, con fundamento en la causa tipificada en el art. 62.1 f) LRJAP-PAC, de autorizaciones de compatibilidad obtenidas por silencio administrativo positivo por funcionarios que percibían el complemento específico en cuantía superior al límite del art. 16.4 LI, han sido todos ellos favorables a tal declaración y consiguiente revocación del acto presunto cuestionado. Así, en el Fundamento IV del Dictamen 160/2011, de 11 de marzo, se dijo:

«(...) el requisito establecido en el artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 16.4. El acto estimatorio presunto ha de considerarse pues nulo de pleno Derecho por aplicación de la causa prevista en el artículo 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».

En conclusión, el acto presunto que atribuyó a la funcionaria M.F.G.B. el derecho a compatibilizar su trabajo en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife con el

ejercicio privado de la abogacía, sin que en la interesada concurriera el requisito esencial de no percibir un complemento específico superior al treinta por ciento de su retribución básica, está incurso por este motivo en la causa de nulidad tipificada en el art. 62.1 f) LRJAP-PAC.

## C O N C L U S I Ó N

El acto presunto que atribuyó a la funcionaria M.F.G.B. el derecho a compatibilizar su trabajo en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife con el ejercicio privado de la abogacía, sin que en la interesada concurriera el requisito esencial de no percibir un complemento específico superior al treinta por ciento de su retribución básica, está incurso por este motivo en la causa de nulidad tipificada en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, por lo que este Dictamen es favorable a su declaración de nulidad y considera por tanto conforme a Derecho la propuesta de resolución en tal sentido.