



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 2 / 2 0 1 4

(Sección 1ª)

La Laguna, a 24 de junio de 2014.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la ***revisión de oficio del acto presunto por el que se concedió al funcionario C.S.K. la compatibilidad para el desarrollo de actividad privada, al incurrir en un supuesto de nulidad de pleno derecho (EXP. 188/2014 RO)*.***

F U N D A M E N T O S

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 al funcionario C.S.K.

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, de 3 de junio, 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 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 que ha puesto fin a la 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.

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 éste 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 C.S.K.

4. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obsten a un dictamen sobre el fondo del asunto.

II

1. El Sr. C.S.K. es funcionario de carrera del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, desde el 1 de enero de 2014 en situación administrativa de excedencia por cuidado de hijos y con reserva de puesto de trabajo, con código F510 en la actual Relación de Puestos de Trabajo (RPT) del Ayuntamiento, de Técnico de Administración General (Grupo A, Subgrupo A1) del Servicio de Gestión y Control de Servicios Públicos, con un complemento de destino 24 y un complemento específico 635. Este complemento específico, como está acreditado en el expediente, supera el treinta por ciento de sus retribuciones básicas, hecho que no cuestiona el interesado.

2. El 27 de junio de 2008, el Sr. C.S.K. mediante comparecencia en el Registro Auxiliar del Organismo Autónomo de la Gerencia Municipal de Urbanismo, solicitó el reconocimiento de la compatibilidad para el ejercicio de la actividad privada de la abogacía.

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 sujeto a la LI para que se les reconozca la compatibilidad para ejercer actividades privadas y al vencimiento del referido plazo sin haberse dictado esa resolución anuda la consecuencia jurídica de que se entenderán estimadas. Cabe por tanto la posibilidad de obtener autorizaciones de compatibilidad por silencio administrativo positivo.

4. El art. 43.3 LRJAP-PAC impone que, en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución extemporánea de la Administración sea siempre confirmatoria del acto presunto producido por ese silencio administrativo positivo.

5. Sin embargo, el 26 de mayo de 2009, sobrepasado el mencionado plazo de tres meses, el Pleno del Ayuntamiento, con base en el art. 16 LI, acordó denegar a C.S.K. la solicitud de compatibilidad para el ejercicio de la actividad profesional privada de la abogacía por la razón de que desempeñaba un puesto de trabajo que comportaba la percepción de un complemento específico superior al 30% de las retribuciones básicas del mismo.

6. Ese Acuerdo plenario, por ser contrario al anterior acto presunto de autorización de compatibilidad, contradecía el art. 43.3 LRJAP-PAC y constituía la revocación de un acto administrativo declarativo de derecho sin seguir el procedimiento de revisión de oficio, por lo que incurría en la causa de nulidad contemplada en el primer inciso del art. 62.1.e) LRJAP-PAC.

7. Por esas razones jurídicas, la Sentencia 472/2011, de fecha 2 de diciembre de 2011, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, anuló, a instancias de C.S.K., el mencionado Acuerdo, pero salvando expresamente la posibilidad de que la Administración, en ejercicio de la potestad de revisión de oficio de sus actos nulos, declarara su nulidad con fundamento en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC si en el correspondiente procedimiento se acreditaba que el recurrente carecía de los requisitos legales para compatibilizar su puesto de trabajo con el ejercicio privado de la abogacía.

8. El Ayuntamiento, como se indicó, inicio un procedimiento de revisión de oficio que caducó, por lo que ha iniciado el presente mediante el Acuerdo plenario de 28 de marzo de 2014.

9. En trámite de audiencia, el interesado se opone a la declaración de nulidad pretendida alegando lo siguiente:

a) No se está revisando un acto presunto sino una resolución judicial que ha confirmado ese acto, por lo que por vía administrativa se está procediendo a la revisión de una sentencia firme.

b) La causa de nulidad del art. 62.1 f) LRJAP-PAC es de interpretación restrictiva, por lo que no cabe subsumir en ella la infracción del art. 16.4 LI.

c) Se halla en situación de excedencia por cuidados de hijos desde el 1 de enero de 2014, por lo que no percibe el complemento específico del 30 % superior a sus retribuciones básicas y por tanto no concurre un requisito esencial para que se pueda revisar la compatibilidad.

d) La revisión de oficio del acto administrativo atenta contra el principio de seguridad jurídica al haber transcurrido más de 5 años desde su obtención.

e) Según los informes, de 21 de junio de 2012, del Concejal de Gobierno del Área de Proyectos Urbanos, Infraestructuras, Obras y Servicios Públicos, y de 24 de septiembre de 2013 del Director General del Área de Gobierno de Proyectos Urbanos, Obras y Servicios Públicos, la compatibilidad ganada no incide en su trabajo como funcionario.

f) El acto presunto es legal conforme 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), y 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 (LP-2013). Por su parte, el Cabildo Insular de Tenerife, por acuerdo del Pleno de 25 de enero de 2013, dispuso la aprobación del procedimiento de reducción de complemento específico para la autorización de una segunda actividad por parte de los empleados públicos.

g) En su puesto de trabajo no se valora la compatibilidad del puesto de trabajo.

10. Respecto a una alegación similar a la primera del interesado en este procedimiento en el Fundamento noveno del Dictamen 71/2012, de 14 de febrero, se razonó que *“el procedimiento de revisión de oficio se dirige contra los actos presuntos que no están protegidos por el efecto de cosa juzgada de dichas Sentencias, porque éstas no se pronunciaron sobre su legalidad”*.

En idéntico supuesto, la Sentencia 472/2011, de fecha 2 de diciembre de 2011, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, anuló en este caso a instancias de C.S.K., el Acuerdo de revocación del acto presunto, pero salvó expresamente la posibilidad de que la Administración, en ejercicio de la potestad de revisión de oficio de sus actos nulos, declarara su nulidad con fundamento en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC. El presente procedimiento no es más que la actuación de esa posibilidad que expresamente dejó abierta esta sentencia.

11. Sobre la segunda alegación, consistente en que la causa de nulidad del art. 62.1 f) LRJAP-PAC es de interpretación restrictiva por lo que no cabe subsumir en ella la infracción del art. 16.4 LI, se ha de recordar que en numerosos dictámenes este Consejo, respecto a la interpretación de la expresión “requisitos esenciales” que usa el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, ha sostenido que la regla general en nuestro Derecho es que son anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (art. 63 LRJAP-PAC). La Administración, cuando estos actos anubles son declarativos de derechos, puede pretender su anulación judicial si concurren los requisitos del art. 103 LRJAP-PAC.

Únicamente si el acto firme declarativo de derechos incurre en alguno de los graves vicios tipificados en el art. 62.1 LRJAP-PAC, la Administración podrá declararlo nulo por sí misma a través del procedimiento de revisión de oficio (102.1 LRJAP-PAC). Entre esos vicios graves el art. 62.1.f) LRJAP-PAC incluye aquellos actos que atribuyen facultades o derechos sin que concurren los requisitos esenciales para su adquisición.

Repárese en que el precepto no considera que basta la carencia de cualquier requisito, sino que exige que éste ha de ser esencial. Con esta exigencia el art. 62.1.f) LRJAP-PAC impide que se califique de nulo a cualquier acto administrativo que contradiga el Ordenamiento jurídico, sino sólo a aquel que atribuya un derecho a una persona que carece manifiesta y flagrantemente de todo presupuesto para el reconocimiento de ese derecho. Esta interpretación es concorde con el resto de los supuestos de nulidad del art. 62.1 LRJAP-PAC, que sólo contemplan los actos que adolecen de los más graves vicios formales o sustanciales. En los demás casos, la calificación que corresponde al acto administrativo contrario a la ley es la de acto anulable (art. 63.1 LRJAP-PAC).

El art. 62.1.f) LRJAP-PAC obliga a distinguir entre “*requisitos esenciales*” y “*requisitos necesarios*”. Si dentro de los primeros se incluyera cualquier condición necesaria para la validez del acto declarativo de derechos, entonces entraría en la categoría de nulidad radical del art. 62.1 LRJAP-PAC todo supuesto de ilegalidad de un acto declarativo de derechos, en la medida en que dicha ilegalidad se funda siempre en la ausencia de una de las condiciones o requisitos establecidos por el Ordenamiento jurídico. Si se interpreta que todo acto administrativo declarativo de derechos que incurre en cualquier ilegalidad es nulo de pleno derecho, entonces a dichos actos no les serían aplicables los arts. 63 y 103 LRJAP-PAC, lo cual es un

absurdo porque contradice el tenor literal del art. 103 LRJAP-PAC, que refiere expresamente su regulación y el régimen del art. 63 LRJAP-PAC a los actos declarativos de derechos. Además, de optarse *contra legem* por la interpretación que se rechaza, se lesionaría el principio constitucional de seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 de la Constitución; dado que, según los arts. 102.1 y 118.3 LRJAP-PAC, en cualquier momento, es decir, sin limitación de plazo alguna, se puede proceder a la revisión de los actos nulos.

En definitiva, el art. 62.1.f) LRJAP-PAC debe ser interpretado restrictivamente, porque la equiparación de requisito esencial a cualquier requisito necesario aniquila la distinción legal de causas de nulidad y de anulabilidad y el sistema legal de recursos con interposición sometida a plazo.

Por todas estas razones, debe reservarse la expresión “requisitos esenciales” para aquellos vicios de legalidad en que el acto carece, no de cualquier requisito legal, sino de aquellos que le son realmente inherentes y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida, de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma.

La aplicación de dicha doctrina al presente caso, en el que se pretende la declaración de nulidad de un acto presunto que atribuye a un funcionario el derecho a compatibilizar su trabajo como tal con el ejercicio de la actividad profesional privada de la abogacía, exige determinar si no supera el porcentaje establecido en el art. 16.4 LI es un requisito esencial que ha de concurrir en el funcionario para que dicho acto pueda crear el derecho a compatibilizar sus actividades públicas y privadas. El interesado lo niega mientras que la Propuesta de Resolución lo afirma, por lo que a esta alegación se le dará respuesta cuando se analice aquélla en el siguiente Fundamento.

12. En cuanto a la tercera alegación, se ha de atender a que en este procedimiento lo que se examina es la validez del acto presunto de autorización de compatibilidad, no su eficacia. Esa validez se ha de establecer considerando únicamente su conformidad con las normas que lo preordenaban, con abstracción, pues, del hecho de que su eficacia esté temporalmente suspendida por la situación de excedencia del funcionario.

13. La alegación de que los cinco años transcurridos desde que se obtuvo por silencio la autorización de compatibilidad impiden su revisión de oficio no considera que el art. 102.1 LRJAP-PAC, al establecer que “en cualquier momento” se puede

ejercer esta potestad, no fija límite temporal a su ejercicio porque su finalidad es eliminar los actos que adolecen de los graves vicios de nulidad tipificados en el art. 62.1 LRJAP-PAC. La tensión entre la seguridad jurídica y el principio de legalidad de la actuación administrativa se resuelve por la LRJAP-PAC a favor de la primera cuando los actos adolecen de cualquier tipo de ilegalidad no subsumible en esas causas de nulidad, fijando expresamente el plazo máximo de cuatro años para su declaración administrativa de lesividad para el interés público y posterior impugnación judicial (art. 103 LRJAP-PAC). En cambio, cuando se trata de actos nulos no existe en principio plazo para su revisión de oficio. Para que el tiempo transcurrido desde que se dictó el acto nulo constituya un límite a la potestad de revisión es necesario además que el ejercicio de ésta resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes (art. 106 LRJAP-PAC), lo cual se ha de apreciar según las circunstancias de cada caso concreto.

En el presente supuesto no entra en juego la equidad porque el acto presunto a revisar no ha tenido efectos que hayan incidido en la esfera jurídica de la Administración ni se dictó en consideración a una prestación del interesado generadora de beneficios para los intereses de aquélla, efectos y beneficios que quedarían integrados en dicha esfera jurídica a pesar de la desaparición del acto. Tampoco resulta contrario a la buena fe porque pocos meses después de la producción del acto presunto la Administración estaba pretendiendo su desaparición del mundo jurídico, con lo cual nunca ha inducido en el interesado la creencia de que era pacífica la adquisición del derecho atribuido por ese acto, por lo que la pretensión de revisarlo no constituye un ataque sorpresivo a una situación jurídica que haya sido aceptada largo tiempo y sin discusión por el Ayuntamiento. Tampoco hay derechos de terceros que sean lesionados ni norma legal contrariada por la declaración de nulidad del acto. En definitiva, no se aprecia en este supuesto la concurrencia de ninguno de los límites que el art. 106 LRJAP-PAC fija a la potestad de revisión y, en consecuencia, se ha de rechazar esta alegación.

14. No se puede acoger la quinta alegación por las mismas razones que no se ha estimado la tercera. Aquí se está examinando pura y simplemente la validez del acto presunto, no si sus efectos son neutrales, positivos o negativos para la actividad de la Administración para la cual presta sus servicios el funcionario. Estas son cuestiones extrañas al especial procedimiento de revisión de oficio cuyo objeto se limita a constatar si en un acto concurre alguno de los tasados vicios del art. 62.1.f) LRJAP-PAC, lo cual habilitaría a su declaración de nulidad.

15. 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 reza 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.

2. Se excluye de esta posibilidad a los funcionarios que ocupen puestos en Gabinetes de miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado, y a los que desempeñen puestos que tengan asignado complemento de destino de nivel 30 y 29”.

Por su parte 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 contempla para los funcionarios de la Administración autonómica que lo soliciten la reducción del complemento específico al objeto de adecuarlo al art. 16.4 LI.

Estos preceptos -que exclusivamente son aplicables, respectivamente, a los funcionarios de la Administración central y autonómica y no son aplicables a los funcionarios de las Entidades Locales- no permiten que un funcionario, que perciba el complemento específico, 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 que meramente permiten 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. Por consiguiente, carece de fundamento la alegación de los mencionados preceptos revisten de legalidad el acto presunto a revisar. Tampoco lo convierte en legal un Acuerdo plenario de otra Corporación Local, diferente del Ayuntamiento de Santa

Cruz de Tenerife, aplicable por ende sólo a los funcionarios de aquélla, de fecha posterior al surgimiento del acto presunto a revisar y cuyo contenido es idéntico al de los preceptos que se acaban de mencionar.

16. La última alegación estriba en que para el desempeño de su puesto de trabajo no se valora la compatibilidad de sus funciones con el ejercicio de una actividad privada.

En el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia de 7 marzo 2000 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, se razona lo siguiente:

“ (...) la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 13 de marzo de 1993, invocada por la parte recurrente, establece que el artículo 16.1 de la Ley 53/1984 de Incompatibilidades de Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, ha sido reconocido plenamente constitucional por el Tribunal Constitucional en Sentencia 178/1989, al decidir el recurso de inconstitucionalidad promovido frente a la ley referida, puesto que dicho precepto sobre incompatibilidades del personal del sector público prescribe de manera clara que no puede autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal que desempeñe puestos que comporten la percepción de complementos específicos o conceptos equiparables y al retribuido por arancel, lo cual supone que no se atiende a grados económicos en la fijación del complemento, sino a que éste lo perciba el funcionario por ocupar un determinado puesto de trabajo y en función de las características de éste, siendo objeto del legislador al regular el régimen de incompatibilidades, en la Ley 53/1984, en desarrollo del artículo 103.3 de la Constitución, preservar la imparcialidad y la eficacia como principio de organización administrativa.

También la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sentencia de 26 de marzo de 1993, al resolver el recurso extraordinario de revisión núm. 1916/1990, Sección 1ª), ha reconocido el auténtico sentido del invocado artículo 16.1 de la Ley 53/1984, que es citado como infringido en la cuestión examinada, pues su aplicación no puede ser laxa sino rigurosa y estricta para no desvirtuar la finalidad que late en la norma. La retribución complementaria asignada a un concreto puesto de trabajo, de complemento específico, implica un juicio previo de la Administración sobre la complejidad y relevancia de las funciones mediante aquél desempeñadas, así como de la dedicación que a él debe prestar el funcionario que lo sirve, sin casuísticas excepciones en los casos en que se estime el complemento específico de escasa cuantía o de poca entidad. Si se trata de un complemento que va dirigido a retribuir

los conceptos o cualificaciones que dice el art. 23.3.b) de la Ley 30/1984, la permisión de un segundo puesto, bien en el sector público, bien mediante el ejercicio libre de actividad profesional en el sector privado, hará inoperante el designio tanto de imparcialidad del funcionario como de eficacia en el desempeño de su tarea y del servicio público encomendado.

En consecuencia, tanto en la esfera estatal como en la local la imposición de dicho régimen, lleva consigo la grave consecuencia de la absoluta prohibición de toda otra actividad lucrativa pública o privada”.

En resumen, la asignación de la percepción del complemento específico, en una cuantía superior al porcentaje del art. 16.4 LI, por el desempeño de un determinado puesto de trabajo, lleva ínsita la previa valoración de la incompatibilidad de ese desempeño con el despliegue de una actividad privada. Por dicha razón, también se ha de desestimar esta última alegación.

III

En el Fundamento Jurídico III de la STC 178/1989, de 2 noviembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la LI, se argumenta lo siguiente:

“En la Constitución, como acertadamente señala el Abogado del Estado, no existe un «sistema» de incompatibilidades. En este sentido, conviene resaltar que de la referencia a las incompatibilidades de determinados titulares de órganos constitucionales o de relevancia constitucional, en la que tanto énfasis ponen los demandantes, no puede deducirse en absoluto un principio de interpretación restrictiva en lo que respecta al ámbito de las incompatibilidades de los servidores de la Administración Pública. Y, es que no puede homologarse este supuesto con aquéllos, porque uno y otros responden a finalidades diversas.

La finalidad de las incompatibilidades de los titulares de órganos constitucionales o de relevancia constitucional, que expresamente enumera la propia Carta fundamental y que, en su caso, detalla la correspondiente Ley Orgánica, es, según los casos, garantizar la separación de funciones o la transparencia pública en la correspondiente gestión o, incluso, la imparcialidad del órgano en cuestión. Pero la garantía de la imparcialidad no es la única finalidad constitucionalmente posible en el caso de las incompatibilidades de los empleados públicos.

Porque es cierto que a «las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones» se refiere el art. 103.3, de la Constitución como objeto de regulación

mediante ley, pero no es menos cierto que el propio precepto distingue esa regulación de la del propio «sistema de incompatibilidades». O dicho con otras palabras: Con base en una interpretación literal y sistemática del art. 103.3, de la Constitución puede llegarse fácilmente a la conclusión de que sistema de incompatibilidades y garantías de imparcialidad no son dos ámbitos o círculos absolutamente coincidentes. De modo que si bien la garantía de la imparcialidad puede ser una de las finalidades del sistema o régimen legal de incompatibilidades de los empleados públicos, constitucionalmente no tiene por qué ser, como pretenden los recurrentes, la «única» finalidad de dicho régimen legal.

No han tenido en cuenta los demandantes, en efecto, un principio esencial, sancionado constitucionalmente en el art. 103.1, de la propia Carta fundamental, que debe presidir, junto con otros que ahora no hacen al caso, toda la actuación de la Administración Pública y, por tanto, la de su elemento personal (los funcionarios y, en general, los empleados públicos): El principio de «eficacia». Un principio que debe presidir, como es obvio, lo que es previo a la actividad administrativa, la «organización» y, en consecuencia, el aparato burocrático o, dicho de otro modo, el régimen de la función pública, entendida ésta en sentido amplio.

(...)

Si resulta que no sólo la imparcialidad, sino también la eficacia, es un principio, sancionado en el mismo precepto constitucional, aunque en otro apartado, que ha de presidir la organización y la actividad de la Administración Pública, el legislador puede tenerlo perfectamente en cuenta a la hora de diseñar el régimen o sistema de incompatibilidades, extrayendo del mismo todas sus consecuencias.

Así, el llamado «principio de incompatibilidad económica», o el principio, en cierto modo coincidente con él, de «dedicación a un solo puesto de trabajo» -al que expresamente alude el preámbulo de la Ley 53/1984- no vulneran en modo alguno la Constitución, ya que no están vinculados únicamente, ni tienen por qué estarlo, de modo exclusivo y excluyente, a la garantía de imparcialidad. Tales principios responden a otro principio constitucional, concretamente, al de eficacia, que es, además, un mandato para la Administración, en la medida en que ésta ha de actuar «de acuerdo» con él (art. 103.1, CE).

Es, pues, también el principio de eficacia, y no sólo el de imparcialidad, el que «explica» en buena parte y «justifica» constitucionalmente el régimen de incompatibilidades establecido en la Ley impugnada, en la que no pueden

reconocerse así los «excesos» o «extralimitaciones» que le atribuyen los demandantes”.

En el Fundamento Jurídico VI de la misma Sentencia se añade:

“Así, aunque el sistema de incompatibilidades aplicable a los funcionarios públicos pudiera incluirse en el régimen estatutario de los mismos y, en consecuencia, el título competencial del Estado en este caso sería el relativo a las bases del mencionado régimen estatutario (como así hace explícitamente la disposición final primera de la Ley 53/1984), dada la amplitud con que la Ley ha diseñado dicho sistema, que contempla, además, tanto el sistema de incompatibilidades de los empleados públicos no sometidos a una relación funcional como, en términos más generales y comprensivos, el sistema de incompatibilidades del personal, cualquiera que sea el régimen jurídico al que esté sujeto, que se halle al servicio del sector público, debe encuadrarse dentro del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, siendo, por tanto, competencia del Estado, en todo caso, el establecimiento de las bases relativas al mismo.

Aclarado el punto relativo al título competencial en virtud del cual el legislador estatal puede calificar como básicas las normas reguladoras del sistema de incompatibilidades de los empleados públicos, debemos señalar que si se examinan con atención cada uno de los preceptos de la Ley 53/1984, que configuran el aludido sistema de incompatibilidades, se comprobará fácilmente que son realmente «aspectos básicos» del referido régimen jurídico de las Administraciones Públicas los que se contienen en dichas normas, que corresponden a un principio estructural organizativo del personal a su servicio que se proyecta sobre el sector público en su conjunto”.

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 del complemento específico, en los siguientes términos:

« (...) la STC 87/2009, de 20 de abril, F. 2 nos recuerda que “la STC 178/1989, de 2 de noviembre, ya sentó el criterio en cuya virtud y tal como fue recogido luego en la STC 172/1996, de 31 de octubre, el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas es básico en cuanto expresión de un principio estructural organizativo que se proyecta sobre el sector público en su conjunto”. En cuanto al encuadramiento competencial de las normas en materia de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, la

aludida STC 178/1989, de 2 de noviembre, F. 6, estableció que “el sistema de incompatibilidades del personal, cualquiera que sea el régimen jurídico al que esté sujeto, que se halle al servicio del sector público, debe encuadrarse dentro del régimen jurídico de las Administraciones públicas”, encuadramiento competencial del que se sigue que al Estado corresponde, ex art. 149.1.18ª CE, el establecimiento de las bases relativas al sistema de incompatibilidades de los empleados públicos por cuanto, como recuerda la STC 172/1996, de 31 de octubre, F. 1, por referencia a la anteriormente citada, “el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas es básico en cuanto expresión de un principio estructural organizativo que se proyecta sobre el sector público en su conjunto” con las consecuencias que ello tiene para el legislador autonómico que habrá de respetar las normas básicas dictadas por el Estado, desarrollando las mismas “en función de sus características y, entre ellas, la estructura de sus propias Administraciones y el diseño de la función pública que las sirvan, así como la materia o sector de la actividad administrativa donde se producen” (STC 87/2009, de 20 de abril, F. 2, recogiendo lo afirmado en la STC 172/1996, de 31 de octubre, F. 6).

Como recuerda la STC 68/1990, de 5 de abril, F. 3, en la STC 178/1989, de 2 de noviembre, se señaló, por un lado, “que el legislador goza de un amplio margen para establecer, dentro del marco constitucional, el sistema concreto de incompatibilidad de los empleados públicos, de forma que, el llamado principio de “incompatibilidad económica” como el principio de “dedicación a un solo puesto de trabajo” –al que expresamente alude el preámbulo de la Ley 53/1984– además de no vulnerar en modo alguno la Constitución, no se encuentran vinculados únicamente a la garantía de imparcialidad sino también al principio de eficacia».

El sentido y finalidad de la LI, que se expone en esta doctrina constitucional citada, explica la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que afirma que el art. 16.1 LI establece una auténtica prohibición, lo que de suyo implica que su aplicación no puede ser laxa sino rigurosa y estricta para no desvirtuar la finalidad que late en la norma. La retribución complementaria asignada a un concreto puesto de trabajo, de complemento específico, es un juicio previo de la Administración sobre la complejidad y relevancia de las funciones mediante aquél desempeñadas, así como de la dedicación que a él debe prestar el funcionario que lo sirve. Esta línea no puede ser quebrada con casuísticas excepciones en los casos en que se estime el complemento específico de escasa cuantía o de poca entidad. Si se trata de un complemento que va dirigido a retribuir los conceptos o cualificaciones que dice el

art. 23.3.b) de la Ley 30/1984, entrará en juego la prohibición porque en tal caso la permisión de un segundo puesto, bien en el sector público, bien mediante el ejercicio libre de actividad profesional en el sector privado, hará inoperantes o existirá riesgo de que lo sean, al menos, el designio tanto de imparcialidad del funcionario como de eficacia en el desempeño de su tarea y del servicio público encomendado (SSTS de 13 y 26 de marzo de 1993 y de 7 de marzo 2000).

Es incuestionable, pues, que conforme al art. 16 LI la regla general es la incompatibilidad entre el desempeño de un puesto en el sector público y el ejercicio de una actividad privada, y que la excepción es la posibilidad de compatibilizarlas. Esta regla es de aplicación rigurosa para no hacer perder a la norma su finalidad, y por tanto su excepción ha de aplicarse restrictivamente. Esta regulación está ínsita en el Estatuto del Empleado Público de manera inescindible, cualquiera que sea el régimen jurídico que una al empleado con la Administración. Un elemento esencial del estatuto jurídico del funcionario es el régimen de incompatibilidades, como resulta de su inclusión en él por obra de la Constitución (art. 103.3) ya que está relacionado directamente con las exigencias constitucionales de que la Administración sirva con objetividad y eficacia los intereses generales (art. 103.1 CE).

Al ser la condición normal del empleado público la incompatibilidad, la infracción de ese régimen por un acto administrativo que autorizara ilegalmente una compatibilidad no constituye la adquisición de un derecho por un acto ilegal que adolece de un vicio anulabilidad, sino que tal adquisición es contraria a la propia relación de servicio, de lo que se deriva jurídicamente que el acto administrativo que se dicta en su contravención permite la adquisición de derechos o facultades para los que no se tiene, ni se puede tener, derecho. No se trata de que falte uno u otro requisito, sino que no existe el presupuesto mismo para que pueda surgir tal derecho. De donde se sigue que la excepción a esta regla también sea de aplicación rigurosa. Esta 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 al funcionario C.S.K. el derecho a compatibilizar su trabajo en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife con el ejercicio privado de la abogacía, sin que en el interesado 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 al funcionario C.S.K. el derecho a compatibilizar su trabajo en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife con el ejercicio privado de la abogacía, sin que en el interesado 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.