



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 18 / 2023

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 19 de enero de 2023.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Presidente del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria en relación con ***la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del Decreto n.º 62/2015, de 25 de junio, por el que se dispuso que (...) pasara a desempeñar una segunda actividad (EXP. 483/2022 RO)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Presidente del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, mediante oficio de 1 de diciembre de 2022, con entrada en este Consejo Consultivo el 2 de diciembre 2022, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio del Decreto n.º 62/2015, de 25 de junio, por el que se dispuso que (...) pasara a desempeñar una segunda actividad, tras ser declarado en situación de incapacidad permanente total para las funciones de su profesión habitual de bombero.

2. En cuanto a la legitimación del Presidente del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, ha de decirse que, si bien, de partida, no figuran expresamente previstos los Presidentes de los Consorcios entre los sujetos legitimados para solicitar el dictamen de este Consejo Consultivo, atendiendo al art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), sin embargo, no es menos cierto que con carácter general nuestra doctrina -expresada, entre otros, en los Dictámenes 201/2005, 484/2012, 381/2015 ó 405/2020, emitidos a solicitud de distintos presidentes de entes u organizaciones instrumentales dotadas de personalidad jurídica propia y/o autonomía orgánica y funcional-, ha sido interpretar extensivamente el art. 12.3 LCCC en el sentido de considerar que la autoridad legitimada para solicitar el correspondiente dictamen es la que ostente la

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

representación legal del mismo, cuando se trate de organizaciones con personalidad jurídica propia y funcionamiento autónomo, siempre que su eventual adscripción orgánica no lesione su autonomía funcional.

Por lo que, en principio, en el presente caso no habría objeción para que se solicitara el dictamen por el Presidente del referido Consorcio, en tanto que tiene conferida la representación legal de dicho organismo, en virtud de lo establecido en los Estatutos del Consorcio [arts. 9.1.a) y 11.1 a) de los Estatutos del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria -B.O.P. n.º 21, de 31 de enero de 2011-].

3. La preceptividad del dictamen y la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo resultan de lo previsto en los arts. 11.1.D.b) y 12.3 LCCC, en relación con el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

4. El art. 106.1 LPACAP contempla la revisión de oficio de los actos administrativos nulos, permitiendo a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo autonómico, declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP, requisito que se cumple en el presente caso, toda vez que en las actuaciones obrantes en el expediente se acredita la firmeza del acto recurrido.

En consecuencia, de conformidad con la normativa aplicable (art. 106.1 LPACAP), es preciso que tal Dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no es de tal sentido.

5. En lo que se refiere a la normativa aplicable a las causas de nulidad, se ha de traer a colación lo ya manifestado por este Organismo consultivo en diversos dictámenes (v.gr., Dictamen 354/2020, de 24 de septiembre), al indicar que la determinación de las causas de nulidad debe hacerse con arreglo a la Ley vigente cuando se dictó el acto cuya revisión de oficio se pretende. Así, resulta especialmente ilustrativo lo expuesto, entre otros, en el Dictamen 156/2017, de 11 de mayo; en cuyo Fundamento III, apartado primero, se expone lo siguiente:

«Antes de abordar el análisis de las causas de nulidad alegadas conviene recordar que un acto administrativo es inválido si se produce contraviniendo las normas preexistentes y vigentes que regulan su elaboración y predeterminan su contenido. De ahí que el parámetro para establecer su validez o invalidez esté constituido exclusivamente por las normas vigentes al tiempo de dictarse y no por las normas posteriores que las hayan derogado o

desplazado su aplicación, porque es obvio que la Administración no está vinculada por normas derogadas ni por normas inexistentes en el momento de dictar el acto. Por consiguiente, para apreciar si (la) OD 70/2004 incurre en causa de nulidad se debe atender al art. 62 y concordantes LRJAP-PAC, que estaba vigente a la fecha en que se dictó; y no a los preceptos de la LPACAP, con independencia de que reproduzcan el contenido de aquéllos».

En el presente caso la causa de nulidad se fundamenta en el apartado f) art. 47.1 LPACAP, al considerar la Administración actuante que el pase a la segunda actividad de (...) mediante Decreto n.º 62/2015, de 25 de junio, es contraria al ordenamiento jurídico, porque en el momento de acordarse el interesado no se encontraba en situación de activo, al haber sido declarada su jubilación por incapacidad permanente total en virtud del Decreto n.º 26/2015, de 10 de abril. Por lo tanto, teniendo en cuenta la fecha en que fue dictado el acto administrativo cuya revisión de oficio ahora se pretende, se ha de concluir que las causas de nulidad a las que se debe atender en nuestro análisis jurídico son las previstas en el art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP-PAC), norma vigente en el momento de emisión del acto que ahora se pretenden anular, el cual fue acordado mediante Decreto n.º 62/2015, de 25 de junio.

De otro lado, respecto al *iter* procedimental, resultan de aplicación las normas de procedimiento vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la revisión de oficio de la actuación administrativa, que son las comprendidas en los arts. 106 y ss. LPACAP, toda vez que el procedimiento de revisión de oficio se incoó mediante acuerdo adoptado por Decreto n.º 133/2022, de 29 de agosto.

6. El procedimiento se inició de oficio por la Presidencia del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, mediante Decreto n.º 133/2022, de 29 de agosto, notificado al interesado el 31 de agosto de 2022, por lo que el transcurso del plazo máximo de resolución de seis meses sin dictar resolución expresa permitiría entender caducado el procedimiento (art. 106.5 LPACAP), circunstancia que no se ha producido.

Asimismo, el plazo máximo de seis meses, para instruir y resolver los procedimientos de revisión de oficio establecido en el art. 106.5 LPACAP, computa desde su inicio el 29 de agosto de 2022, sin que se incluya en el cómputo de tal plazo -tal como hemos señalado, entre otros, en nuestros Dictámenes 381/2022, de 13 de

octubre, y 474/2022, de 7 de diciembre-, los períodos en que el procedimiento ha estado suspendido al amparo del art. 22.d) LPACAP con notificación a los interesados, esto es, desde el 18 de noviembre de 2022, en que, en la propia Propuesta de Resolución se acordó la suspensión del plazo para resolver hasta la emisión del dictamen de este Consejo Consultivo, por lo que se considera que el plazo del expediente de resolución contractual no está caducado.

7. La competencia para dictar la Resolución en este expediente corresponde al mismo órgano que lo dictó, de acuerdo con el art. 4 de los Estatutos del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, que establece que se regirá por los Presentes Estatutos y las Normas de Desarrollo de los mismos que reglamentariamente se aprueben, siéndole de aplicación el Régimen Jurídico vigente para las Entidades Locales, con las particularidades derivadas de su propia naturaleza jurídica que se establecen en los Estatutos. Así, dado que tanto la Ley de Bases de Régimen Local como la Ley de municipios Canarios disponen que los distintos órganos revisarán sus propios actos, aplicado ese mismo criterio al presente caso, resulta que es competente el Presidente del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria para revisar el acto que se pretende, esto es, el Decreto n.º 62/2015, de 25 de junio.

II

En lo que se refiere a los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio, son los siguientes:

- El acuerdo de Condiciones de Trabajo para el personal del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, en adelante CEGC, para el periodo 2014-2017, dispone en su artículo 17, sobre segunda actividad, lo siguiente:

«Pasará a desempeñar una segunda actividad, acorde a sus condiciones de salud, el funcionario de la plantilla operativa que, con motivo de accidente o enfermedad común o profesional, no pueda desempeñar las funciones propias de su puesto ni tenga derecho a percibir pensión de la Seguridad Social o aun teniendo derecho prefiera desempeñar las funciones de la segunda actividad. A este fin, se tramitará el oportuno expediente en el que constarán, al menos, informes del servicio de Prevención del Consorcio, acreditativos de la disminución en la capacidad para el desempeño del puesto y la recomendación del cambio de actividad.

El Consorcio, tras oír y negociar con la Junta de Personal, determinará las funciones que se asignarán a cada funcionario en el desempeño de la segunda actividad, para lo que se considerarán las condiciones de salud del funcionario que han originado la obligatoriedad del cambio de actividad.

En cualquier caso, mantendrá la categoría que correspondía a su primera actividad y las retribuciones básicas y complementarias correspondientes a la misma, a excepción de que las funciones que desempeñe en la segunda actividad conlleven un importe total de retribuciones mayor, en cuyo caso percibirá las retribuciones correspondientes a las funciones de la segunda actividad. En todo caso, se beneficiará de los incrementos y mejoras correspondientes a la categoría que ocupe».

- Con fundamento en el precitado artículo, el funcionario de carrera del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, (...), al cual le había sido reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social la incapacidad permanente total para la profesión habitual, solicitó el 31 de marzo de 2015, el pase a la denominada segunda actividad, la cual fue estimada por medio de Decreto n.º 62/2015, de 25 de junio.

No obstante, con carácter previo al reconocimiento de la situación administrativa «segunda actividad», el Decreto n.º 26/2015, de 21 de abril, había declarado el cese de la relación de servicios entre el referido funcionario y el Consorcio de Emergencias de Gran Canaria por causa de jubilación por la incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones de bombero que le había sido declarada.

- Con fecha 12 de mayo de 2017, el Jefe de la Unidad de Asuntos Jurídicos emite informe en el que, sobre la base de la consideración de que el Decreto n.º 62/2015, de 25 de junio, por el que se declaró el pase de (...) a la segunda actividad, incurría en nulidad de pleno derecho, propone a la Gerencia del CEGC su elevación al Sr. Presidente, en orden a proceder al inicio de un procedimiento de revisión de oficio.

- Con fecha 4 de octubre de 2017, la Asesoría Jurídica del Excmo. Cabildo Insular de Gran Canaria emite el informe de referencia 350-I/17, rectificado mediante informe complementario de 23 de julio de 2018, en el que se informa, tanto en relación al Decreto n.º 62/2015, de 25 de junio, como respecto a otros dos asuntos de idéntica naturaleza, que «*el pase a la situación administrativa especial denominada “segunda actividad” sólo se puede producir desde el servicio activo y por circunstancias tales como cumplir el funcionario una determinada edad o por padecer ciertas limitaciones físicas o psíquicas que le impiden el desarrollo de determinadas funciones propias del puesto de trabajo, sin que sean de tal entidad que supongan su incapacidad permanente total, porque de producirse ésta sólo cabe la jubilación del funcionario (...) ».*

Al albur de esta consideración, así como sobre la base de la fundamentación jurídica en él contenida, el informe concluye que los actos administrativos, entre los que se halla el referido Decreto n.º 62/2015, de 25 de junio, son nulos de pleno

derecho, informando favorablemente a la incoación de un procedimiento de revisión de oficio de los mismos.

- Con fecha 4 de septiembre de 2018, se solicita a la persona titular de la Secretaría del CEGC, la emisión del informe preceptivo al que se refiere el art. 3.d), apartado 3º, del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional. Siendo reiterada la solicitud de emisión de este informe en fecha 18 de junio de 2020.

- Con fecha 18 de junio de 2020 se emite informe por la Responsable del Área de Organización y Asuntos Generales, en el que, con fundamento en los argumentos jurídicos de su razón, se propone a la Gerencia del CEGC la elevación del mismo al Sr. Presidente, al objeto de ordenar la incoación de un expediente de revisión de oficio respecto al Decreto n.º 62/2015, de 25 de junio, y otros de idéntica naturaleza.

- Con fecha 10 de agosto de 2022 se emite Nota de régimen interior por la Secretaria del Consorcio, en la que, sobre la base de la no aplicabilidad del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional a los consorcios, considera que al no tratarse de Entidades Locales cuyo régimen jurídico viene establecido por el capítulo VI del Título II de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público y no por normativa local, manifiesta la no procedencia de emisión de informe de Secretaría, al entender que sus funciones son de fe pública y no de asesoramiento legal preceptivo.

- Con fecha 11 de agosto de 2022 se emite informe propuesta de Decreto por la Unidad de Asuntos Jurídicos del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria.

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo de revisión de oficio constan los siguientes trámites:

- Por Decreto n.º 133/22, de 29 de agosto, se inició el procedimiento de revisión de oficio del Decreto n.º 62/15, de 25 de junio, por el que se dispuso que (...) pasara a desempeñar una segunda actividad, por considerar que el mismo se encontraba incurso en la causa de nulidad de pleno derecho a la que se refiere el art. 47.1, letra f), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

- El Decreto n.º 133/22, de 29 de agosto de 2022, fue notificado a (...) el 31 de agosto de 2022.

- El 15 de septiembre de 2022, dentro del plazo de diez días otorgado para que pudiera alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimase pertinentes, (...) formula alegaciones.

- El 17 de noviembre de 2022 fueron informadas las alegaciones presentadas, por la Unidad de Asuntos Jurídicos del Consorcio. Dicho informe obra en el expediente.

- El 22 de noviembre de 2022 se formula informe-Propuesta de Resolución por la que se desestiman las alegaciones de (...) y se declara nulo de pleno derecho el Decreto 62/2015, de 25 de junio por el que se dispuso que (...) pasara a desempeñar una segunda actividad, por considerar que dicha resolución incurre en la causa de nulidad de pleno derecho a que se refiere el art. 47.1 letra f) LPACAP.

IV

1. En el caso planteado el objeto de nulidad viene referido al Decreto n.º 62/2015, de 25 de junio, por el que se dispuso que (...) pasara a desempeñar una segunda actividad, fundamentándose la causa de nulidad en el hecho de haberse realizado dicha concesión sin que el Sr. (...) cumpliera los requisitos necesarios por haberse declarado previamente su jubilación.

2. Conviene comenzar precisando que la revisión de oficio de los actos administrativos constituye un cauce de utilización ciertamente excepcional y de carácter limitado, ya que comporta que, sin mediar una decisión judicial, la Administración pueda volver sobre sus propios actos, dejándolos sin efecto. De aquí que cualquier vicio jurídico no permite acudir sin más a la revisión de oficio, lo que sólo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, en una serie de supuestos que han de ser objeto de interpretación restrictiva, sin que pueda convertirse en una vía ordinaria de impugnación de los actos administrativos firmes, como ya indicamos, entre otros, en nuestro Dictamen 170/2018, de 26 de abril.

Como reiteradamente ha señalado este Consejo Consultivo, ha de advertirse, ante todo, que la revisión de oficio es una vía extraordinaria contra actos que pongan fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. Por ello, debe

ceñirse la revisión de oficio a las causas tasadas del art. 47.1 LPACAP (antes art. 62.1 LRJAP-PAC) cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva, sin que sea ésta una vía de impugnación de actos anulables.

A mayor abundamiento, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo seguida por este Consejo Consultivo, los actos administrativos firmes sólo pueden expulsarse del ordenamiento jurídico cuando se produzca la nulidad radical, esto es, mediante la aplicación rigurosa que debe verificarse de la revisión de oficio prevista en el art. 106.1 LPACAP. Por ello, es preciso tener en cuenta la naturaleza extraordinaria del procedimiento revisor con arreglo a las causas estrictamente tasadas recogidas en la legislación aplicable.

La finalidad de dicho procedimiento no es otra que evitar que en el ordenamiento jurídico existan actos administrativos que, estando afectados por alguna causa de nulidad de pleno derecho, no hayan sido recurridos en plazo, pudiendo iniciarse el procedimiento de oficio por propia iniciativa de la Administración Pública afectada o bien solicitar entonces el interesado a la Administración que declare de oficio la nulidad de un acto administrativo.

3. En el presente supuesto la nulidad del acto se fundamenta en la causa prevista en el apartado f) del art. 47.1 LPACAP [antes art. 62.1.f) LRJAP-PAC], ya que, en virtud de un Decreto, que pudiera ser contrario al ordenamiento jurídico, (...) adquirió derechos careciendo de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produjera, en este caso el pase a la situación de segunda actividad.

Ello, no obstante, en relación con esta cuestión se debe advertir, a los efectos de su toma en consideración y corrección en la Propuesta de Resolución que se dicte, que el acto que se presente revisar fue dictado con fecha 25 de junio de 2015, por consiguiente, la causa de nulidad aplicable es la prevista en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, al ser la vigente en el momento de dictarse el acto, cuyo contenido es sustancialmente igual al actual art. 47.1.f) LPACAP.

Para analizar si, efectivamente, la autorización para pasar a desempeñar una segunda actividad fue concedida en contra del ordenamiento jurídico, se ha de partir del hecho que el Acuerdo de Condiciones de Trabajo para el personal del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, en adelante CEGC, para el periodo 2014-2017 (vigente en el momento de la solicitud), dispone en su artículo 17, sobre segunda actividad, lo siguiente:

«Pasará a desempeñar una segunda actividad, acorde a sus condiciones de salud, el funcionario de la plantilla operativa que, con motivo de accidente o enfermedad común o profesional, no pueda desempeñar las funciones propias de su puesto ni tenga derecho a percibir pensión de la Seguridad Social o aun teniendo derecho prefiera desempeñar las funciones de la segunda actividad. A este fin, se tramitará el oportuno expediente en el que constarán, al menos, informes del servicio de Prevención del Consorcio, acreditativos de la disminución en la capacidad para el desempeño del puesto y la recomendación del cambio de actividad.

El Consorcio, tras oír y negociar con la Junta de Personal, determinará las funciones que se asignarán a cada funcionario en el desempeño de la segunda actividad, para lo que se considerarán las condiciones de salud del funcionario que han originado la obligatoriedad del cambio de actividad.

En cualquier caso, mantendrá la categoría que correspondía a su primera actividad y las retribuciones básicas y complementarias correspondientes a la misma, a excepción de que las funciones que desempeñe en la segunda actividad conlleven un importe total de retribuciones mayor, en cuyo caso percibirá las retribuciones correspondientes a las funciones de la segunda actividad. En todo caso, se beneficiará de los incrementos y mejoras correspondientes a la categoría que ocupe».

Sentado lo anterior, en el presente procedimiento ha quedado acreditado que con fecha 23 de marzo de 2015 se dicta Resolución por el INSS mediante la cual se declara a (...) en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual (bombero), con fecha de efectos del 23 de marzo de 2015, haciéndose constar *«no se prevé que la situación de incapacidad vaya a ser objeto de revisión por mejoría, que permita la reincorporación al puesto de trabajo antes de dos años».*

Con posterioridad a esta declaración, concretamente el día 31 de marzo de 2015, (...) presenta escrito ante el CEGC en el que expone que *«a consecuencia de un accidente laboral he sido declarado en situación de incapacidad total para el desempeño de las funciones de bombero»* y solicita *«seguir colaborando con esa entidad desempeñando la función que usted estime oportuna dentro de una segunda actividad».*

Tomado conocimiento por el CEGC de la declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual de (...), con fecha 21 de abril de 2015 se dicta el Decreto n.º 26/2015 por el cual se dispone:

«Primero.- Declarar el cese de la relación de servicios por causa de jubilación por incapacidad permanente, en el grado de total, para el ejercicio de sus funciones del funcionario de este Consorcio (...), DNI (...), y con fecha 22 de marzo de 2015.

Segundo.- El interesado, en caso de mediar resolución del INSS que modifique la calificación de la incapacidad permanente por mejoría, podrá instar la rehabilitación de su condición de funcionario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2. del Real Decreto 2669/1998, de 11 de diciembre, por la que se aprueba el procedimiento a seguir en materia de rehabilitación de los funcionarios públicos».

Este decreto, por el que se acuerda la jubilación por incapacidad de (...) no fue impugnado por este en momento alguno, deviniendo firme y consentido.

Posteriormente, y en respuesta a la solicitud de pase a segunda actividad formulada por (...), con fecha 25 de junio se dicta el Decreto n.º 62/2015, objeto de la presente revisión, en el que se acuerda:

«Primero.- Acceder a la petición de (...) reanudándose la relación de servicios como funcionario de carrera del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria desde el 15 de julio de 2015 y pasando a desempeñar una segunda actividad tal como recoge en el artículo 17 de las condiciones de trabajo del personal funcionario del Consorcio (...) ».

De lo expuesto se advierte que desde el día 21 de abril de 2015 (...) se encontraba jubilado por incapacidad, con efectos desde el 22 de marzo de 2015, lo que determinaba la extinción de la relación funcionarial entre (...) y el CEGC, tal como resulta del art. 63.c) en relación con el art. 67 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), en cuya virtud, es causa de pérdida de la condición de funcionario de carrera la jubilación total del funcionario, produciéndose dicha jubilación por la declaración de incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala, o por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta o, incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala. Motivo por el cual, (...) no podía acogerse a la posibilidad de pasar a una segunda actividad prevista en el art. 17 del Acuerdo de condiciones de trabajo antes transcrito, toda vez que este precepto exige, como requisito esencial, ser *«funcionario de plantilla operativa»*, y (...) había sido ya cesado como funcionario de carrera y, por tanto, dejado de pertenecer a la plantilla del CEGC, al declararse su jubilación por incapacidad, y ello aunque hubiera solicitado el pase a la segunda actividad antes de la declaración de jubilación (pero con posterioridad a la declaración de incapacidad permanente

total), pues debió haber impugnado el Decreto por el que se declaraba su jubilación por incapacidad.

En idéntico sentido, y en relación con la denegación de la solicitud de pase a segunda actividad efectuada por otros bomberos del CEGC, se han pronunciado los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo Número Uno y Cinco de Las Palmas de Gran Canaria en Sentencias de fecha 13 de noviembre de 2017 y 14 de noviembre de 2017, respectivamente, obrantes en el expediente administrativo.

Asimismo, en relación con esta cuestión se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de noviembre de 2017 al señalar:

«Expuesto lo anterior, ha de indicarse que, pese a las argumentaciones del hoy apelante, el debate que se plantea en este recurso no consiste en la aplicación o no del artículo 39 de la Ley 4/1992 , es decir, la posibilidad de compatibilidad de la situación de incapacidad permanente total con el desarrollo de un puesto adaptado o el pase a la segunda actividad, sino, y como acertadamente razona la sentencia de instancia, en el hecho no discutido de que el Sr. (...) se encuentra jubilado, con la consiguiente pérdida automática de la condición de funcionario de carrera, y ello de acuerdo con los artículos 67 y 63 del EBEP , disposiciones aplicables al amparo de lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento para el Cuerpo de la policía Municipal de 31 de marzo de 1995, que dispone, "la jubilación de los miembros de la policía municipal de Madrid se producirá al cumplirse los requisitos y condiciones que en la legislación básica del Estado se definan para los funcionarios de la Administración Local", de manera que la Sala comparte lo razonado por la Juzgadora de instancia relativo a que para ocupar un puesto adaptado o pasar a la segunda actividad se requiere estar en servicio activo, lo que no sucede una vez que se ha acordado la jubilación, (y ello sin perjuicio, de que el Sr. (...) pueda solicitar la rehabilitación).

En este sentido, la Sala ya se ha pronunciado, en sentencia de 20 de noviembre de 2015, recurso nº 701/2015 , donde hemos señalado que (...) " el apelante ya estaba jubilado, ya que la declaración de jubilación lo es con efectos a 20-11-12, lo que supuso la pérdida de la condición de funcionario, como así se dispone en el artículo 63 de la Ley 7/2007 de 12 de abril EBEP , al establecer como una de las causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera , precisamente, la jubilación total del funcionario, que en este caso se acuerda por la Administración, al existir una declaración de incapacidad permanente total, según resolución de la Dirección Provincial de INSS que reconoce el derecho a la prestación de incapacidad permanente total, de la que deriva la resolución por la que se declara la jubilación del apelante con fecha de efectos a 20. 11. 2012. Por lo tanto al no tener ya el apelante la condición de funcionario de carrera a la fecha de solicitud del pase a la situación

de segunda actividad, por ser jubilado, no procede que se siga procedimiento alguno a efectos de la situación de la segunda actividad que se define en el Reglamento del Cuerpo de Policía Municipal de 31 de marzo de 1995 como un cambio de situación funcional de los miembros de la Policía Municipal, que exige estar en situación de servicio activo, pues en definitiva de lo que se trata es de asignar al funcionario un destino adecuado a sus condiciones de salud o edad».

Además, en el presente caso, tampoco consta que se haya producido la rehabilitación prevista en el art. 68.1 EBEP, conforme al cual *«En caso de extinción de la relación de servicios como consecuencia de pérdida de la nacionalidad o jubilación por incapacidad permanente para el servicio, el interesado, una vez desaparecida la causa objetiva que la motivó, podrá solicitar la rehabilitación de su condición de funcionario, que le será concedida».*

Por lo tanto, se ha de concluir que (...) adquirió un derecho a pasar a desempeñar una segunda actividad, como acaba de señalarse, sin reunir los requisitos esenciales para ello, pues ya se había extinguido su relación funcionarial como consecuencia de su declaración de jubilación por incapacidad.

En relación con esta cuestión, ya nos pronunciamos en nuestro Dictamen 178/2014 de 14 de mayo, en el que exponíamos:

« (...) Antes de entrar en el fondo del asunto se ha de recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo seguida por este Consejo Consultivo, los actos administrativos firmes sólo pueden expulsarse del Ordenamiento jurídico cuando se produzca la nulidad radical, esto es, mediante la aplicación rigurosa que debe verificarse de la revisión de oficio prevista en el art. 102 LRJAP-PAC. Por ello, es preciso tener en cuenta la naturaleza extraordinaria del procedimiento revisor con arreglo a las causas estrictamente tasadas recogidas en la legislación aplicable.

La finalidad de dicho procedimiento no es otra que evitar que en el Ordenamiento jurídico existan actos administrativos que, estando afectados por alguna causa de nulidad de pleno derecho, no hayan sido recurridos en plazo, pudiendo solicitar entonces el afectado a la Administración (como es el caso) que declare de oficio la nulidad de un acto administrativo (véase, entre otros, el Dictamen 392/2013).

Este Organismo, en el referido dictamen, se pronunció en los siguientes términos:

“En este sentido, se ha de recordar, ante todo, como tantas veces se ha insistido por este Consejo Consultivo, que para la aplicación de la causa de nulidad prevista en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, se requiere que el interesado haya adquirido, en virtud del acto administrativo firme y antijurídico, facultades o derechos sin tener los requisitos que la norma vulnerada establece para su adquisición con carácter esencial.

Así pues, no basta que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieran en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al Ordenamiento Jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición, no cualesquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos sean necesarios para la adquisición del derecho.

Por ello, se habrá de discernir entre requisitos necesarios y requisitos esenciales, de forma que sólo serán esenciales aquellos que constituyan presupuestos ineludibles de la estructura definitoria del acto, irreconocible sin ellos, o bien, que han de cumplirse inexorablemente para que alcance su fin la norma vulnerada».

Además, a mayor abundamiento, el art. 17 del Acuerdo de Condiciones de Trabajo para el personal del CEGC exige para poder pasar a desempeñar una segunda actividad « (...) que, con motivo de accidente o enfermedad común o profesional, no pueda desempeñar las funciones propias de su puesto ni tenga derecho a percibir pensión de la Seguridad Social o aun teniendo derecho prefiera desempeñar las funciones de la segunda actividad», de lo que se colige que, para poder acceder a desempeñar una segunda actividad, en el caso, como en el presente caso, de que se tenga derecho a percibir una pensión de la Seguridad Social, se ha de optar entre percibir la pensión correspondiente, en cuyo caso decae el derecho a desempeñar la segunda actividad; o bien, optar por esta última posibilidad, renunciando entonces a percibir la pensión de la Seguridad Social que le pudiera corresponder.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa (...), a pesar de haber solicitado pasar a una segunda actividad, ha venido percibiendo, ininterrumpidamente, tanto la pensión correspondiente a la prestación por incapacidad permanente total para la profesión habitual, como los emolumentos correspondientes al desempeño de la segunda actividad, incumpliendo por tanto el requisito de renunciar a la percepción de la pensión de la Seguridad Social, dada la incompatibilidad de cobrar ambas percepciones.

En esta misma línea interpretativa se pronuncia la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2022 al señalar:

« (...) Pensión de jubilación y situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía.

1. El artículo 165.1 LGSS de 1994 (actual artículo 213.1 LGSS de 2015) establece que el disfrute de la pensión de jubilación es "incompatible con el trabajo del pensionista", con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen.

Por su parte, el artículo 165.2 LGSS de 1994 (actual artículo 213.2 LGSS de 2015) dispone, en primer lugar, que "el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo primero de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, es incompatible con la percepción de pensión de jubilación, en su modalidad contributiva"; y, en segundo término que "la percepción de la pensión indicada quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus revalorizaciones."

De forma similar, el artículo 3.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, prevé que "el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo primero, es incompatible con la percepción de pensión de jubilación o retiro por Derechos Pasivos o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio" y que "la percepción de las pensiones indicadas quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus actualizaciones."

Lo primero que debe retenerse es, en consecuencia, el régimen de incompatibilidad de la pensión de jubilación del Régimen General (artículo 165.1 LGSS de 1994; actual artículo 213.1 LGSS de 2015) y que el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público es incompatible con la percepción de la pensión de jubilación o retiro (artículo 165.2 LGSS de 1994 -actual artículo 213.2 LGSS de 2015- y artículo 3.2 Ley 53/1984), debiendo quedar en suspenso esa percepción por el tiempo que dure el desempeño en dicho puesto.

Y es precisamente el artículo 165 LGSS de 1994 (actual artículo 213 LGSS de 2015), el precepto que aplica la sentencia recurrida para declarar la incompatibilidad de las retribuciones abonadas durante la situación de segunda actividad con la percepción de la pensión de jubilación del Régimen General.

2. El apartado 1 del artículo primero de la citada Ley 53/1984 establece que "el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos previstos en la misma."

El párrafo primero del apartado 2 del artículo primero de la Ley 53/1984 dispone que "además, no se podrá percibir, salvo en los supuestos previstos en esta Ley, más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas." Precisa el párrafo segundo del apartado 2 del artículo primero de la citada Ley 53/1984 que, "a los efectos del párrafo anterior, se entenderá por remuneración cualquier derecho de contenido económico derivado, directa o indirectamente, de una prestación o servicio personal, sea su cuantía fija o variable y su devengo periódico u ocasional."

Se debe retener que, con carácter general, no se puede percibir más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas. También que el

apartado 1 del artículo primero de la citada Ley 53/1984 se refiere no solo a "puesto de trabajo", sino adicionalmente a "cargo o actividad."

3. Como última referencia normativa para nuestro análisis, debemos mencionar la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, por la que se regula la situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía. Esta Ley, aplicable por razones temporales, ha sido derogada, con efectos de 18 de agosto de 2015, por la disposición derogatoria única.1 b) de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional.

El artículo 1 de la Ley 26/1994 define la "segunda actividad" como la "situación administrativa especial de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, que tiene por objeto fundamental garantizar una adecuada aptitud psicofísica mientras permanezcan en activo, asegurando la eficacia en el servicio."

El artículo 9 de la Ley 26/1994 regula las retribuciones de la situación de segunda actividad "sin destino" y el artículo 10 de dicha Ley las retribuciones de la situación de segunda actividad "con destino." Durante la situación de segunda actividad sin destino se perciben la totalidad de las retribuciones básicas y el 80 por 100 de las retribuciones complementarias.

En la situación de segunda actividad se permanece "hasta el pase a la jubilación" (artículo 2.1 Ley 26/1994), quedando hasta "alcanzar la edad de jubilación" a disposición del ministro "para el cumplimiento de funciones policiales cuando razones excepcionales de seguridad ciudadana lo requieran en los términos que reglamentariamente se determinen" (artículo 2.3 Ley 26/1994).

A retener, en primer lugar, que durante la situación de segunda actividad se perciben retribuciones y, en segundo lugar, que en esa situación se permanece "hasta el pase a la jubilación".

A efectos ilustrativos no está de más mencionar que la Ley Orgánica 9/2015 dispone, en primer lugar, que la situación de segunda actividad "no conllevará en ningún caso la ocupación de destino" (artículo 66.3). En segundo término, que el tiempo transcurrido en la situación de segunda actividad es "computable a efectos de perfeccionamiento de trienios y de derechos pasivos" (artículo 75). Y, finalmente, que los policías nacionales en situación de segunda actividad están sometidos al "régimen disciplinario general" de la función pública (artículo 76).

4. La exposición de la normativa aplicable que se acaba de realizar nos lleva a compartir la interpretación de la sentencia recurrida, sentencia que, en consecuencia, debe ser confirmada.

En el Cuerpo Nacional de Policía, la situación de segunda actividad sin destino es una situación administrativa en la que el policía sigue percibiendo retribuciones y que es previa a

la jubilación, concluyendo precisamente con dicha jubilación. La situación de segunda actividad no es, en consecuencia, una situación que se pueda simultanear con la jubilación, sino que es un estadio anterior a ella y que, por tanto, no puede coincidir en el tiempo con ella.

Durante la situación de segunda actividad, y precisamente hasta alcanzar la edad de jubilación, se está a disposición del ministro y sometido al régimen disciplinario. Y, como precisa expresamente en la actualidad la Ley Orgánica 9/2015, el tiempo transcurrido en la situación de segunda actividad se computa, no solo a efectos de perfeccionamiento de trienios, sino también de derechos pasivos. Esta disposición a favor del ministro, el sometimiento al régimen disciplinario y la consideración del tiempo de segunda actividad a efectos de derechos pasivos, no son, ciertamente, compatibles con una situación de jubilación y de percepción de la pensión correspondiente.

Lo anterior se relaciona directamente con la pensión de jubilación de clases pasivas. Pero lo decisivo para el presente caso es, lo que ya hemos recordado, en primer lugar, sobre el régimen de incompatibilidad de la pensión de jubilación del Régimen General (artículo 165.1 LGSS de 1994; actual artículo 213.1 LGSS de 2015). En segundo término, que el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público es incompatible con la percepción de la pensión de jubilación (artículo 165.2 LGSS de 1994 -actual artículo 213.2 LGSS de 2015- y artículo 3.2 Ley 53/1984), debiendo quedar en suspenso esa percepción por el tiempo que dure el desempeño en dicho puesto. Y, finalmente, que, durante la situación administrativa de segunda actividad el policía sigue percibiendo retribuciones, y, si percibiera, además, la pensión de jubilación, ello no sería acorde con el apartado 2 del artículo primero de la Ley 53/1984, que, como hemos visto, preceptúa que, con carácter general, no se puede percibir más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas.

5. Debe confirmarse, en consecuencia, la sentencia recurrida que, aplicando precisamente el artículo 165 LGSS de 1994 (actual artículo 213 LGSS de 2015), ha declarado la incompatibilidad de las retribuciones abonadas durante la situación de segunda actividad con la percepción de la pensión de jubilación del Régimen General.

Si bien se mira, la doctrina de la sentencia de contraste no contradice la incompatibilidad que dimana de los preceptos citados entre la percepción de la pensión de jubilación del Régimen General y las retribuciones percibidas durante la situación de segunda actividad. Lo que critica la sentencia referencial es la anulación del reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación, pero no rechaza que el efecto debiera ser el previsto en el artículo 165.2 LGSS de 1994 (actual artículo 213.2 LGSS de 2015) de suspender la percepción de la pensión de jubilación durante la situación de incompatibilidad. Desde este punto de vista, las doctrinas de la sentencia recurrida y de la sentencia referencial no son contradictorias. Lo que sucede es que hemos apreciado la contradicción porque al final, en su fallo, la sentencia de contraste acaba rechazando que el afectado tuviera que reintegrar las

cantidades percibidas por la pensión de jubilación del Régimen General, mientras que, por el contrario, la sentencia recurrida declara que sí debe reintegrarlas, por lo que los fallos sí son contradictorios.

6. Por lo demás, la sentencia de contraste hace hincapié en que la incompatibilidad establecida por el artículo 165.2 LGSS de 1994 (actual artículo 213.2 LGSS de 2015) se refiere al "desempeño de un puesto de trabajo en el sector público" y que, sin embargo, en la situación de segunda actividad sin destino no se desempeña ningún puesto de trabajo.

Pero este argumento no es concluyente.

En primer lugar, la propia Ley 53/1984 habla no solo de puesto de trabajo, sino también de cargo, actividad (artículo primero, 1) y, tras establecer, como ya se ha visto, que no se puede percibir más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas, define la remuneración como cualquier derecho de contenido económico percibido (artículo primero, 2).

En segundo lugar, el argumento no tiene en cuenta la singularidad y peculiaridad de la situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía, que lógicamente no puede ser la que contempla como supuesto tipo una ley general de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.

Finalmente, el argumento no es suficiente para superar el insalvable obstáculo que para la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y de las retribuciones correspondientes a la situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía supone, de un lado, que, como ya hemos visto, esta situación de segunda actividad es previa a la jubilación y no simultánea a ella, sino que precisamente se extingue con la jubilación, y, de otro, y sobre todo, que aceptar aquella compatibilidad no se compadece con la prohibición de que se perciba más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas (artículo primero, 2, Ley 53/1984).

Tanto en el presente caso, como en el examinado por la sentencia de contraste, los policías en situación de segunda actividad pudieron compatibilizar esa situación con su prestación de servicios para entidades privadas, obteniendo la pensión de jubilación del Régimen General precisamente como consecuencia de esta última prestación de servicios. Pero, de conformidad con el artículo 165.2 LGSS de 1994 (actual artículo 213.2 LGSS de 2015), la percepción de esta pensión debió de quedar en suspenso mientras se seguían percibiendo remuneraciones por la segunda actividad, por lo que aquella percepción fue indebida. Debe recordarse adicionalmente que, en su solicitud de pensión de jubilación del Régimen General, el ahora recurrente omitió mencionar que se encontraba en la situación de segunda actividad percibiendo retribución (fundamentos de derecho segundo y cuarto de la sentencia recurrida).

La simultánea percepción de remuneraciones por segunda actividad y por la prestación de servicios en el sector privado no infringe la prohibición de percibir más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas (artículo primero, 2, Ley 53/1984), pues solo la primera remuneración está con cargo a los presupuestos. Pero cuando se pasa a percibir la pensión del Régimen General sí se vulnera esa prohibición (...) ».

En definitiva, el Decreto n.º 62/2015, de 25 de junio, en virtud del cual se autoriza a (...) pasar a desempeñar una segunda actividad, es nulo de pleno Derecho por aplicación de la causa contemplada en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, ya que como se ha expuesto había perdido su condición de funcionario de plantilla operativa como consecuencia de su declaración de jubilación por incapacidad, incumpliendo un requisito esencial para su concesión, por lo que procede estimar la revisión de oficio planteada.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad del Decreto n.º 62/2015, de 25 de junio, por el que se concede el pase a segunda actividad a (...).