Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 16 de enero de 2025.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de nulidad del reconocimiento de compatibilidad para ejercer la profesión de Arquitecto concedido a (...) (EXP. 762/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife mediante oficio con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 10 de diciembre de 2024, recae sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de nulidad del reconocimiento de compatibilidad para ejercer la profesión de Arquitecto (actividad privada), de (...), Director General de Transformación Urbana Santa Cruz Verde 2030 del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, obtenido por silencio administrativo positivo.

2. La legitimación del Sr. Alcalde de Santa Cruz de Tenerife para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en lo sucesivo, LRBRL) y el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP). Norma esta última que resulta de aplicación al amparo de lo previsto en la Disposición Transitoria tercera, letra b), de aquella Ley: «*los procedimientos de revisión de oficio iniciados después*

[*] **Ponente: Sra. de León Marrero.**

de la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán por las normas establecidas en ésta».

3. Al hilo de lo expuesto en el apartado anterior, procede abordar la cuestión relativa a la regulación sustantiva de las causas de nulidad, así como el derecho procedimental aplicable.

3.1. En lo que se refiere a la normativa aplicable a las causas de nulidad, se ha de traer a colación lo indicado por este Organismo consultivo en diversos dictámenes, al señalar 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 459/2022, de 24 de noviembre, en el que 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».

Partiendo de lo señalado anteriormente, teniendo en cuenta que la solicitud de compatibilidad se formuló el 9 de agosto de 2024, y que el art. art. 14 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, establece un plazo de dos meses para su resolución, por lo que el silencio administrativo positivo operó el 9 de octubre de 2024, 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. 47 LPACAP, norma vigente a la fecha en la que se generó el acto presunto cuya nulidad se pretende.

3.2. Respecto al derecho procedimental, y según se ha apuntado anteriormente, resultan de aplicación las previsiones normativas que, sobre la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, se contienen en la LPACAP (art. 106). Y todo ello al amparo de lo establecido en la Disposición Transitoria tercera, letra b), del referido texto legal.

En el presente supuesto, el procedimiento de revisión de oficio se ha incoado durante la vigencia de la LPACAP -año 2024-, por lo que es también esta Ley la que resulta aplicable al procedimiento revisor.

Una vez sentado lo anterior, debemos formular las siguientes consideraciones jurídicas respecto a la tramitación del procedimiento de revisión de oficio en el caso de la entidades locales:

La revisión de oficio en el ámbito local, con carácter general, se regula en el art. 53 LRBRL, que permite a las Corporaciones Locales revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

De igual manera, los arts. 4.1.g) y 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, indican que dichas Corporaciones, dentro de la esfera de sus competencias, tienen atribuida la potestad de revisión de oficio de sus actos, resoluciones y acuerdos, con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común. La remisión a la legislación estatal nos conduce a la aplicación de los arts. 106 a 111 LPACAP.

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. En este caso el acto presunto referido es firme.

Este artículo no contempla un procedimiento específico para la tramitación de los expedientes de declaración de nulidad, por lo que se entienden aplicables las normas recogidas en el título IV de la LPACAP («De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común»), con la especialidad exigida por el art. 106, que establece como preceptivo el previo dictamen favorable del órgano consultivo que corresponda.

Por tanto, de conformidad con lo previsto en el art. 106.1 LPACAP, es preciso que el dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen fuese desfavorable.

4. Respecto a la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio procede efectuar las siguientes observaciones:

La LPACAP no realiza una atribución concreta, limitándose a hacer una referencia al «órgano competente» (art. 106.3). Por ello, tratándose de una entidad local, hemos de acudir al régimen establecido en la LRBRL y en su normativa de desarrollo. En particular, a la hora de determinar qué órgano es competente, la norma reglamentaria de aplicación es la contenida en el art. 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. Este precepto atribuye la competencia al órgano municipal respectivo en relación con sus propios actos, disponiendo que, sin perjuicio de las previsiones específicas recogidas en los arts. 65, 67 y 110 LRBRL, «*los órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos en los términos y con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común*».

Por su parte, el art. 123.1 letra l) LRBRL atribuye al Pleno las facultades de revisión de oficio de sus propios actos y disposiciones de carácter general.

En el mismo sentido, se pronuncia el art. 37.i) de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, que establece que corresponde al Pleno municipal «*la revisión de oficio de sus acuerdos y disposiciones generales*».

En consecuencia, la competencia, tanto para incoar el procedimiento de revisión de oficio como para declarar la nulidad del acto administrativo revisado, le corresponde al Pleno.

5. En la Propuesta de Resolución, la Administración autonómica afirma que el acto presunto cuya declaración de nulidad se pretende, incurre en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.f), pues se considera que el interesado no reunía los requisitos establecidos por la norma de aplicación para obtener la compatibilidad otorgada por silencio administrativo positivo, resultando como ya se ha dicho acreditada la firmeza en vía administrativa de la resolución cuya nulidad se pretende (art. 106.1 LPACAP en relación con el art. 52 LRBRL).

6. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, se entiende que el presente procedimiento administrativo de revisión de oficio no está caducado.

Respecto a esta cuestión, el art. 106.5 LPACAP, dispone que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad.

En el presente caso, el procedimiento administrativo de revisión de oficio se inició a través de Acuerdo plenario del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife adoptado el día 25 de octubre de 2024, por lo que no ha transcurrido el precitado plazo de seis meses, cuya finalización se producirá el día 25 de abril de 2025.

7. En el presente procedimiento se ha otorgado el preceptivo trámite de vista y audiencia al interesado, quien formuló alegaciones con fecha de 25 de noviembre de 2024.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento y que constan en el expediente administrativo son los siguientes:

1. Con fecha 9 de agosto de 2024, (...), presenta, ante el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, solicitud de compatibilidad para ejercer la profesión de Arquitecto en los siguientes términos:

«Que con fecha 29 de julio del presente año, ha sido nombrado por la Junta de Gobierno Local de este Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, para el cargo de "DIRECTOR GENERAL DE TRANSFORMACIÓN URBANA SANTA CRUZ VERDE 2030", habiendo tomado posesión de dicho cargo el día 8 de agosto de 2.024.

Que el que suscribe ha ejercido y ejerce la profesión Arquitecto, Colegiado Nº 1.864 del Colegio Oficial de Arquitectos de Tenerife, La Gomera y el Hierro, y en aras de poder seguir ejerciendo la profesión

SOLICITA

La autorización del Pleno y la declaración de compatibilidad para continuar ejerciendo su profesión de Arquitecto, en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, comprometiéndose a realizar dicha actividad privada sin menoscabo del estricto cumplimiento de mis deberes como DIRECTOR GENERAL DE TRANSFORMACIÓN URBANA SANTA CRUZ VERDE 2030, ni comprometer mi imparcialidad o independencia y siempre fuera del Término Municipal de Santa Cruz de Tenerife.

En virtud de todo ello, intereso se admita a trámite el presente escrito y, previos los informes oportunos se acuerde de conformidad con lo solicitado».

2. Con fecha 18 de septiembre de 2024 se emite informe por el Servicio de gestión de recursos humanos del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en el que, entre otros extremos, se señala:

«III Las base de la convocatoria del citado puesto, que ocupa el solicitante, fueron aprobadas por Decreto de la Concejala Delegada en materia de Recursos Humanos de este Excmo. Ayuntamiento, dictado con fecha 3 de abril de 2024, tramitada mediante expediente 791/2024/RH, y rigen la convocatoria para la cobertura del puesto directivo denominado "Director/a General de Transformación Urbana Santa Cruz Verde 2030" adscrito al Área de Gobierno de Presidencia, con código D27 en la Relación de Puestos de Trabajo, que recoge en la base octava:

"OCTAVA. - Incompatibilidad. El empleado/a público/ nombrado/a para el puesto objeto de la presente convocatoria quedará sometido/a al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas vigente, debiendo constar en la diligencia de toma de posesión o en el contrato de alta dirección, la manifestación del interesado/a de no venir desempeñando ningún puesto o actividad en el sector público delimitado por el artículo 1 de la citada Ley, indicando, asimismo, que no realiza actividad privada incompatible o sujeta a reconocimiento de compatibilidad. Asimismo, es de aplicación en la materia lo dispuesto en el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Organismos y Empresas dependientes"».

El referido informe concluye con la siguiente Propuesta de Acuerdo:

«Denegar la compatibilidad para el desarrollo de la actividad privada profesional como arquitecto de (...), con DNI Nº (...), Director General de Transformación Urbana Santa Cruz Verde 2030, con un código D-27, por los motivos expuestos en los antecedentes de hecho y los fundamentos derechos del presente informe».

El informe del Servicio de Gestión de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, se remitió a la Secretaría General del Pleno el mismo día 18 de septiembre de 2024, Dicho informe fue dictaminado favorablemente por la Comisión del Pleno municipal.

3. Con fecha 25 de septiembre de 2024, (...) presenta escrito ante el Ayuntamiento en el que solicita:

«Primero.- Copia íntegra del citado expediente, en el estado en que se encuentre, conforme a lo que establece el artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común.

Segundo.- Trámite de audiencia previo a la propuesta de resolución, de conformidad con lo que dispone el artículo 82 de la citada Ley de Procedimiento».

4. Con fecha 11 de octubre de 2024, (...), presenta nuevo escrito ante el Ayuntamiento en el que solicita:

«La certificación de acto presunto a que se refiere el artículo 24.4 de la citada LPAC, que conforme al 24.1 de dicha norma legal, tiene carácter estimatorio».

5. Con fecha 24 de octubre de 2024, el interesado presenta un tercer escrito ante el Ayuntamiento en el que señala:

«Primero.- Que el pasado 9 de agosto de 2023, presentó en el Registro Oficial de este Excmo. Ayuntamiento, autorización del Pleno y la declaración de compatibilidad para continuar ejerciendo su profesión de Arquitecto, en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, comprometiéndose a realizar dicha actividad privada sin menoscabo del estricto cumplimiento de mis deberes como Directivo Municipal, ni comprometer mi imparcialidad o independencia, y siempre fuera del municipio de Santa Cruz de Tenerife.

Segundo.- Que transcurrido con exceso el plazo legal de dos meses para resolver y notificar la resolución (artículo 14, párrafo segundo de la citada Ley 53/1984), se ha producido el silencio administrativo estimatorio (artículo 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común), que tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento (artículo 24.2 de la citad LPAC).

Tercero.- Que, finalizado el procedimiento por silencio administrativo estimatorio, cualquier resolución expresa posterior " (...) sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo" (artículo 24.3 a) de la LPAC).

Cuarto.- Que en el orden del día próximo pleno ordinario, a celebrar el 25 de octubre figura propuesta de resolución del expediente tramitado, en sentido desestimatorio, lo que constituye una flagrante ilegalidad, ante la que no cabe alegar ignorancia o desconocimiento interpretación distinta de la norma, por lo que, de ser aprobada la propuesta de Recursos Humanos puede dar lugar a las responsabilidades de todo tipo a que se refiere el artículo 78 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

Quinto.- Que, a mayor abundamiento, se solicitó en su día trámite de audiencia en el citado expediente, al que tengo derecho conforme a lo que establecen los artículos 53.1.a) y 82 de la LPAC, sin que se me diera dicho trámite ni se me denegara de forma expresa y motivada, causando indefensión

En virtud de todo lo anteriormente expresado

SOLICITA:

Primero.- Que se retire dicho punto del orden del orden del día a fin de que por el Sr. Secretario General del Pleno se informe sobre lo anteriormente manifestado.

Segundo.- Que se le emita la Certificación de acto presunto que tiene solicitada, conforme a lo que dispone el artículo 24.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común».

6. Con la misma fecha de 24 de octubre de 2024, se emite informe por el Secretario General del Pleno en el que, otros extremos, se señala: « (...) e*n el presente caso de solicitud de compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas, queda claro que estamos ante un procedimiento administrativo tipificado en la LIPSAP, que fue instado por el solicitante y que no ha recibido respuesta en el plazo de dos meses previsto en el artículo 14 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LIPSAP), por lo que en aplicación del artículo 24.1 de la Ley 39/2015 y, conforme a lo dicho en sentencia de la Sala contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2018 (rec.1763/2017), nos hallamos ante un supuesto de silencio administrativo positivo, pues no concurre ninguno de los límites dispuestos a esta clase de silencio, ni tampoco ninguna de las excepciones previstas en ese mismo precepto que tipifican los casos de silencio negativo, esto es: supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario; - supuestos en que el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio, que deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general; -supuestos sobre los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas; supuestos sobre procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados*».

7. Por el Servicio de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, se emite informe, también de fecha 24 de octubre de 2024, en el que se propone iniciar el procedimiento de revisión de oficio del acto de reconocimiento de compatibilidad a (...) producido por silencio administrativo, al incurrir en un supuesto de nulidad de pleno derecho. Igualmente, se propone adoptar como medida provisional la suspensión del acto presunto de reconocimiento de compatibilidad, hasta la resolución del procedimiento de revisión de oficio.

8. Según consta en certificado del Secretario General del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, el Pleno del Ayuntamiento, en sesión ordinaria celebrada el 25 de octubre de 2024, acordó la retirada del expediente 2316/2024/RH, solicitud de compatibilidad de (...).

9. Mediante providencia de la Concejala delegada de Recursos Humanos se ordena que se proceda con carácter urgente a iniciar el expediente de revisión de oficio del acto presunto, instando asimismo que se acuerde como medida provisional la suspensión del mismo, hasta que se resuelva el procedimiento.

III

En cuanto a la tramitación del presente procedimiento administrativo de revisión de oficio, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife de 25 de octubre de 2025, se inició el presente procedimiento administrativo de revisión de oficio.

2. Se ha otorgado el trámite de vista y audiencia al interesado, que formuló, el día 25 de noviembre de 2024, las alegaciones que tuvo por conveniente, concluyendo con solicitud de:

«Primero. - Que se revoque en su totalidad el acuerdo adoptado por el Excmo. Ayuntamiento Pleno el pasado 25 de octubre "13.3. Expediente 2316/2024/RH, inicio del procedimiento de revisión de oficio del acto de reconocimiento de compatibilidad producido por silencio administrativo a (...)" por las razones aludidas en el presente escrito.

Segundo.- Que se proceda al archivo del procedimiento de revisión de oficio iniciado en dicho acuerdo plenario».

3. Se ha formulado Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad del acto presunto objeto del presente procedimiento de revisión de oficio, por considerar que se ha incurrido en la causa de nulidad prevista en el art. 47.1, letra f) LPACAP. En dicha Propuesta se analizan adecuadamente las alegaciones presentadas por el interesado.

IV

1. La Propuesta de Resolución declara:

«PRIMERO: Desestimar las alegaciones presentadas por (...) con fecha 25 de noviembre de 2024, por los motivos anteriormente expuestos.

SEGUNDO.- Declarar nulo de pleno derecho el acto administrativo adquirido por silencio, por el que se reconoce a (...), con DNI Nº (...) la compatibilidad para ejercer profesión de Arquitecto (actividad privada), por considerar que se encuentra incurso en causa de nulidad, del artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por el que se adquiere un derecho cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición, conforme a lo previsto en al artículo 16.1 y 16.4 de la Ley 53/1984, que establece:

• "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".

• "No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad alguna al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos superiores al 30% de sus retribuciones básicas"».

En cuanto a la fundamentación jurídica de tal declaración de nulidad, en la Propuesta de Resolución se afirma:

«Según el artículo 130.4 de la LBRL, los órganos superiores y directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación siendo el puesto de Director General del recurrente, un órgano directivo según la descripción efectuada por el apartado 1. B) b) del mismo precepto.

De conformidad con lo señalado en el artículo dieciséis de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, 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, siendo éste el caso del recurrente.

Si bien es cierto que esta última redacción, establecida por la disposición final 3 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, 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, según establece su disposición final 4, no lo es menos, que la interpretación que ha de hacerse del mismo ha de ser, necesariamente, teleológica, pues de contrario, se produciría una perversión en el sistema, que dejaría pendiente de la eficiencia y buen hacer

del legislador de desarrollo, la aplicación verdaderamente pretendida por la norma, cual es evitar que quienes están llamados al desempeño en exclusividad de sus puestos de trabajo los desempeñen con una compatibilidad no pretendida por el legislador (esto es, permitiría a la norma desplegar un efecto contrario al ordenamiento jurídico, por inactividad del legislador Canario, que mantiene una ley desde 1987, sin desarrollo, esto no guardaría simetría con la realidad que regula).

V.- Conforme al artículo 47.1 f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

(...)

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

Tal y como señala el Secretario General del Pleno en su informe de 24 de octubre de 2024, en el supuesto analizado, el reconocimiento de la compatibilidad ganado por el efecto positivo del silencio administrativo implica la adquisición de un derecho en virtud de un acto presunto que resulta nulo de pleno derecho si, como ocurre en este caso, en el solicitante no concurren los requisitos esenciales para gozar de la compatibilidad pretendida por conculcar abiertamente dicha compatibilidad lo dispuesto en el artículo 16 de la LIPSAP, ya que, como ha determinado la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2013, «la percepción de complemento específico por importe superior al establecido en el apartado 4 para la autorización de compatibilidad, impide obtener la misma». En el mismo sentido, la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en sentencias de 28 mayo de 2014 (recurso de casación número 1971/2013), 8 de julio de 2014 (recurso casación 2090/2013), 26 de noviembre de 2014 (recurso casación 1970/2013) y 22 de diciembre de 2014 (recurso casación 2174/2013), ha argumentado que la circunstancia de que la cuantía del complemento específico supere el 30 por 100 de la retribución básica no es jurídicamente accesoria o irrelevante para la compatibilidad, desde el momento en que el artículo 16 de la Ley 53/1984 la considera decisiva para que pueda reconocerse al personal funcionario la compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas».

2. Con carácter previo al análisis de la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución y determinar si concurre la causa de nulidad aducida por la Administración es preciso recordar la doctrina sentada por este Consejo Consultivo, entre otros, en el reciente Dictamen 693/2024, de 28 de noviembre, en el que señalábamos:

«Ha de advertirse en este sentido, como tantas veces se ha señalado por este Consejo Consultivo y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la revisión de oficio supone el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, 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. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (Dictámenes de este Consejo 446/2016, de 27 de diciembre, 23/2017, de 24 de enero, 43/2017, de 8 de febrero y 79/2017, de 15 de marzo, que reiteran otros pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

Se ha insistido en estos Dictámenes en que la aplicación de esta doctrina conlleva una interpretación restrictiva de la causa de nulidad invocada en el presente caso, contenida como se ha dicho en el apartado f) del art. 47 LPACAP, de tal forma que su apreciación 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 (Dictamen de este Consejo 182/2016, de 3 de junio, con cita de los Dictámenes 374/2012, de 31 de julio, 291/2013, de 4 de septiembre, 220/2015, de 11 de junio, 352/2015, de 1 de octubre y 26/2016, de 22 de enero, así como los anteriormente señalados).

Por tanto, el art. 47.1.f) LPACAP no considera suficiente la carencia de cualquier requisito, sino que exige que éste ha de ser esencial. Con esta exigencia el art. 47.1.f) LPACAP impide que se califique de nulo a cualquier acto administrativo que contradiga el ordenamiento jurídico, sino sólo aquel que atribuya un derecho a una persona que carece manifiestamente y con palmaria evidencia de todo presupuesto para el reconocimiento de ese derecho. Esta interpretación es acorde con el resto de los supuestos de nulidad del citado artículo, que sólo contemplan los actos que adolecen de los más graves vicios formales o sustanciales (los que lesionen derechos fundamentales, los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, los de contenido imposible, los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, los dictados prescindiendo de todo el procedimiento legal o con violación de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de órganos colegiados). En los demás casos, la

calificación que corresponde al acto administrativo contrario a la ley es la de acto anulable (art. 48 LPACAP).

El tenor del art. 47.1.f) LPACAP nos lleva pues a distinguir entre «requisitos esenciales» y «requisitos necesarios», porque, 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 todo supuesto de ilegalidad de un acto declarativo de derechos, en la medida en que dicha ilegalidad se fundaría siempre en la ausencia de una de las condiciones o requisitos establecidos por el Ordenamiento jurídico.

En definitiva, el art. 47.1.f) LPACAP 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 jurídicos 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».

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 (DCC 133/2019 de 16 de abril, entre otros muchos).

3. Pues bien, para determinar si el acto presunto por el cual se autoriza la compatibilidad a (...) adolece de la ausencia de un requisito esencial para su adquisición, ha de analizarse previamente la normativa de aplicación al presente supuesto. En este sentido, en el informe de la Secretaría General se afirma:

«Cuestión distinta, aunque relacionada con la de silencio administrativo, es la de la legalidad del acto presunto que emana de la inactividad de la administración.

En el presente caso, el informe de la Jefa de Servicio de Gestión de Recursos Humanos de 18 de septiembre de 2024 (CSV 15250234407006652745) es claro a la hora de argumentar la improcedencia de reconocer la compatibilidad solicitada.

«La Disposición final tercera del TREBEP modificó la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Se modifica el apartado 1 del artículo 16, que queda redactado de la siguiente forma: «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.»

(...)

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. Aunque entendemos que la prohibición en el caso de los directivos es expresa en la norma, no obstante, en el caso que nos ocupa (...), percibe un Complemento Específico, por importe superior al establecido en el apartado 4 para la autorización de compatibilidad, lo que impide obtener la misma, siendo de significar que la constitucionalidad de dicha regla especial, desde la perspectiva de los artículos 9.3 y 134.2 fue declarada constitucional por sentencia constitucional núm. 67/2002, de 21 de marzo (...) /».

Cierto es que se puede discutir la aplicabilidad al supuesto examinado del apartado 1 del artículo 16 de la LIPSAP, en la redacción dada sucesivamente por la disposición final 3.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y por la disposición final 3 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP), que incluyó expresamente al personal directivo en dicho precepto entre los supuestos vedados al reconocimiento de compatibilidad, ya que la eficacia de ambas modificaciones quedaba supeditada en cada Administración Pública a la entrada en vigor del capítulo III del título III con la aprobación de las leyes de Función Pública de las Administraciones Públicas dictadas desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público, y, como recordaba el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en una sentencia de 20205, es claro que nuestra Comunidad Autónoma no ha desarrollado el EBEP puesto que continúa manteniendo en vigor para regular su función pública una ley de 1987. No obstante, dado que el capítulo III del título III del TREBEP se refiere a los derechos retributivos, podría entenderse desde una interpretación teleológica que el supuesto de incompatibilidad que el legislador quiso supeditar a la entrada en vigor del referido capítulo III es el que se produce cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b) del artículo 24 del Estatuto (incardinado en el meritado capítulo III) incluyan el factor de incompatibilidad, pero no al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta

dirección. Sin embargo, puesto que las disposiciones finales no establecen distinciones entre ninguno de los supuestos introducidos por el TREBEP y el EBEP, debemos entender que ellos están afectados por la condición suspensiva de modo que la autorización o denegación de compatibilidades en Canarias continuará rigiéndose por la normativa que se encontraba vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, esto es, el artículo 16 de la LIPSAP, con la siguiente redacción:

"Artículo dieciséis.

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.

2. A efectos de lo dispuesto en el presente artículo, la dedicación del profesorado universitario a tiempo completo tiene la consideración de especial dedicación.

3. Se exceptúan de la prohibición enunciada en el apartado 1, las autorizaciones de compatibilidad para ejercer como Profesor universitario asociado en los términos del apartado 1 del artículo 4.º, así como para realizar las actividades de investigación o asesoramiento a que se refiere el artículo 6.º de esta Ley, salvo para el personal docente universitario a tiempo completo.

4. Asimismo, por excepción y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en los artículos 1º.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".

No obstante, incluso aplicando el precepto con la redacción que se acaba de transcribir, como indica la Jefa de Servicio de Gestión de Recursos Humanos, "en el caso que nos ocupa (...), percibe un Complemento Específico, por importe superior al establecido en el apartado 4 para la autorización de compatibilidad, lo que impide obtener la misma, siendo de significar que la constitucionalidad de dicha regla especial, desde la perspectiva de los artículos 9.3 y 134.2 fue declarada constitucional por sentencia constitucional núm. 67/2002, de 21 de marzo». Por lo tanto, el acto obtenido por silencio administrativo es contrario a la LIPSAP, restando por determinar el alcance de ese vicio"».

4. Efectivamente, ha de afirmarse, en unión de criterio con el informe del Secretario General del Pleno, y siguiendo la doctrina sentada por la Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias(sede de Santa Cruz de Tenerife), en Sentencia número 236/2021 de 8 de julio de 2021, que, toda vez que en el ámbito de la Comunidad Autónoma de

Canarias no se ha desarrollado el Estatuto Básico del Empleado Público, continúan manteniendo vigor, para regular su función pública, las leyes anteriores al mismo.

Ello supone que ha de aplicarse al presente supuesto el art. 16 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas en su redacción anterior no solo a 2015 cuando se aprobó el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, sino a 2007, cuando se aprobó dicho Estatuto Básico del Empleado Público.

Este artículo en su redacción previa a tales normas jurídicas tiene el siguiente contenido, que es de aplicación a este caso por las razones ya expuestas:

«Artículo dieciséis.

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.

2. A efectos de lo dispuesto en el presente artículo, la dedicación del profesorado universitario a tiempo completo tiene la consideración de especial dedicación.

3. Se exceptúan de la prohibición enunciada en el apartado 1, las autorizaciones de compatibilidad para ejercer como Profesor universitario asociado en los términos del apartado 1 del artículo 4.º, así como para realizar las actividades de investigación o asesoramiento a que se refiere el artículo 6.º de esta Ley, salvo para el personal docente universitario a tiempo completo.

4. Asimismo, por excepción y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en los artículos 1º.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».

5. En el presente caso, constituye un hecho indubitado, que ni siquiera ha sido negado por el interesado, que su puesto de trabajo está retribuido con un complemento específico cuya cuantía supera el 30% de sus retribuciones básicas. El carácter esencial de este requisito también es incuestionable, toda vez que es el único límite que establece el precepto, partiendo, asimismo de que, tal y como establece el apartado 4 del transcrito art. 16, la compatibilidad con el ejercicio de la actividad privada constituye, en sí misma, una excepción a la regla general, que es la incompatibilidad.

Por tanto, el acto de declaración de compatibilidad obtenido por silencio positivo, carece del requisito esencial que establece el artículo 16 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas para poder autorizar la compatibilidad y, en consecuencia, supone una contravención directa de la prohibición contenida en la norma.

En definitiva, en atención a lo ya manifestado se ha de afirmar que concurre la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.f) LPACAP, razón por la que procede la declaración de nulidad del acto presunto instada por la Administración.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, por la que se declara la nulidad del reconocimiento de compatibilidad para ejercer la profesión de Arquitecto (actividad privada), de (...), Director General de Transformación Urbana Santa Cruz Verde 2030 del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, obtenida por silencio administrativo positivo, es conforme a derecho, dictaminándose favorablemente, tal como se razona en el Fundamento IV de este Dictamen.