



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y

Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 22 de diciembre de 2011, ha examinado el *expediente de revisión de oficio incoado por la Diputación de xxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 28 de noviembre de 2011 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de revisión de oficio incoado por la Diputación de xxxxx, para la declaración de nulidad del Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 4 de mayo de 1998, adoptado por delegación del Pleno de 9 de marzo de 1998, de otorgamiento de compatibilidad a los funcionarios Dña. xxxx1 y once más.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 30 de noviembre de 2011, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1.504/2011, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- Por delegación del Pleno de la Diputación de xxxxx de 9 de marzo de 1998, la Comisión de Gobierno acordó el 4 de mayo conceder a Dña. xxxx1 y once funcionarios más, todos ellos ayudantes técnicos sanitarios, la compatibilidad con el ejercicio privado de su profesión, con las limitaciones establecidas legalmente en los artículos 11 y siguientes de la Ley 53/1984, de



26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y demás disposiciones concordantes.

Segundo.- Por Decreto del Presidente de la Diputación de 7 de octubre de 2011 se inicia procedimiento de revisión de oficio del mencionado Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 4 de mayo de 1998, por considerarlo nulo de pleno derecho conforme a lo dispuesto en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Asimismo, mediante el citado Decreto se concede trámite de audiencia a los interesados, sin que conste la presentación de alegaciones o de documentación por parte de aquéllos.

Tercero.- Obra en el expediente informe de la Secretaría General de la Diputación de 17 de abril de 2009, sobre el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración Local, informe del Servicio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales de la Diputación de 1 de junio de 2011, que contiene la relación vigente del personal funcionario y laboral fijo que tiene concedida compatibilidad en la Diputación, así como las nóminas de los afectados.

Cuarto.- La propuesta de resolución formulada (cuya fecha no consta) propone la declaración de nulidad del Acuerdo de 4 de mayo de 1998, ya que "tal acuerdo incumpliría el régimen legal que establece la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, por vulnerar lo estipulado en el artículo 16.1 del citado texto legal -en la redacción vigente al tiempo de su adopción-: "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". Quedando acreditado, en los antecedentes que obran en los archivos de la Corporación, que los funcionarios que se relacionan tenían reconocido en su nómina la asignación de un complemento específico".

Al amparo de lo expuesto, la propuesta considera que el acto de otorgamiento de compatibilidad a favor de los funcionarios Dña. xxxx1 y once



más es nulo de pleno derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 2º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado b), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

Además, la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo resulta justificada, con toda claridad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Del referido artículo se deduce que dicho dictamen es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, ya que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiera sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

2ª.- La competencia para resolver el presente expediente corresponde al Pleno de la Diputación, según dispone el artículo 110.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el artículo 33.2.j) de dicha Ley, al ser el órgano supremo de la Corporación, "pues en definitiva, significa la instancia revisora en el ejercicio de una acción administrativa, con matices próximos a la acción judicial", y el ejercicio de las acciones administrativas y judiciales está atribuida al Pleno de la Diputación por el citado artículo 33 de la mencionada Ley.



3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento de revisión de oficio incoado por el Pleno de la Diputación Provincial de xxxxx, para declarar la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de de 4 de mayo de 1998 en el que se otorga la compatibilidad a Dña. xxxx1 y once más, todos ellos funcionarios de la Diputación Provincial, para el ejercicio privado de su profesión.

4ª.- El artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que "Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán 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 artículo 62.1".

Por lo tanto, para dar curso al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- Que se encuentren en uno de los supuestos enumerados en el artículo 62.1, o que, al amparo de la última letra del citado precepto, estén expresamente previstos en una ley.
- Que pongan fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, si bien este último es un requisito que sólo jugará cuando se inicie la revisión a instancia del interesado y no cuando el procedimiento sea instado de oficio por la propia Administración autora del acto.
- Que la solicitud de revisión de oficio se inste por persona interesada o de oficio por la propia Administración.

Comprobados los requisitos de forma y procedimiento que atañen al presente expediente, procede entrar a considerar el fondo de la cuestión.

Tal como ha manifestado el Consejo de Estado, la revisión de oficio de los actos administrativos constituye un supuesto excepcional en virtud del cual la Administración, conforme a una privilegiada facultad de autotutela, puede,



por iniciativa propia o a solicitud del interesado, anular o declarar la nulidad de sus propios actos sin necesidad de acudir al proceso jurisdiccional contencioso-administrativo. "Se trata de un auténtico procedimiento administrativo especial de naturaleza autónoma" (Dictamen del Consejo de Estado nº 4.313/1998).

Las causas habilitantes para que la Administración Pública declare la nulidad de una resolución son las enumeradas en el citado artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Estas causas han de ser objeto de interpretación estricta, habida cuenta, de una parte, su propia naturaleza y, de otra, el carácter singular de la potestad administrativa de autotutela prevista en el artículo 102 del mismo cuerpo legal.

En el presente caso, la propuesta de resolución señala que procede declarar la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 4 de mayo de 1998, adoptado por delegación del Pleno, por el que se otorga compatibilidad a Dña. xxxx1 y once más, todos ellos funcionarios de la Diputación, para el ejercicio privado de su profesión, con base en el artículo 62.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que establece que son nulos de pleno derecho "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".

En el Dictamen 384/2004, de 30 de agosto, de este Consejo Consultivo ya fue recogida la doctrina siguiente: "Debe recordarse que el vicio de nulidad previsto en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 (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), e invocado en este caso, viene siendo interpretado muy estrictamente por el Consejo de Estado. Una aplicación en puridad de dicha categoría, de modo que permita darle significado y entidad propia por contraste con los supuestos de anulabilidad (artículo 63 de la misma Ley 30/1992), postula evitar un entendimiento amplio de los `requisitos esenciales` para la adquisición de facultades o derechos, pues de otro modo se llegaría fácilmente a una desnaturalización de las causas legales de invalidez.

»Tal y como señalaba el Consejo de Estado en su Dictamen 1.393/1998, de 9 de septiembre, procede recordar el criterio riguroso que se



viene aplicando para subsumir un caso en el supuesto del artículo 62.1.f), por cuanto una laxitud en cuya virtud se pudiera transitar desde el vicio de legalidad a la apreciación, por concurrencia, de la ausencia de un requisito esencial (entendido por tal el legalmente exigido), arrasaría la distinción entre grados de invalidez y atentaría gravemente contra la seguridad jurídica al permitir cuestionar, en cualquier momento, no sólo los actos incursos en un vicio de singular relevancia para el interés público concreto y para el genérico comprometido en la legalidad del actuar administrativo, sino todos los actos en los que una prescripción legal hubiera sido vulnerada o un requisito legal se hubiera desconocido. Así pues, se requiere no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales, es decir, relativos a la estructura definitoria del acto, para la adquisición de los derechos por su beneficiario".

Por otro lado, resulta evidente que no cabe una determinación apriorística y de carácter general acerca de cuándo un requisito resulta "esencial" para la adquisición de un derecho o de una facultad, puesto que habrá de estarse al caso concreto.

En el supuesto objeto de dictamen se ha otorgado a varios funcionarios la compatibilidad para el ejercicio de una actividad privada. El funcionario mantiene una relación de supremacía especial con la Administración Pública, por lo que su pertenencia a ésta refuerza la esencialidad de los requisitos exigidos para la adquisición de los derechos y facultades vinculados con tal condición.

Llegados a este punto se entiende que las normas que disciplinan esta relación configuran el particular estatuto jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas, que se encuentra vinculado a la Administración a la que sirve por una relación de supremacía especial, hecho que acentúa la esencialidad de su vinculación al ordenamiento jurídico en los supuestos en que éste contempla reglas de concreta y singular aplicación. Esto lleva a considerar que son requisitos esenciales los exigidos por las normas de compatibilidad de los empleados públicos, entre ellos la prohibición legal expresa de desempeñar dos puestos de trabajo distintos en el sector público, o del desempeño de un trabajo en el sector privado si se percibe un complemento específico, o concepto equiparable, ya sean en su totalidad o en un determinado porcentaje,



o desempeñar un puesto retribuido por arancel que impide la compatibilidad con un puesto de trabajo en el sector privado.

La propuesta de resolución examinada pretende declarar la nulidad de pleno derecho del acto administrativo de reconocimiento de compatibilidad por ser contrario al ordenamiento jurídico y por posibilitar la adquisición de facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición, esto es, por generar improcedentemente facultades o derechos cuando se carece de los presupuestos fácticos y jurídicos para su adquisición conforme a la regulación establecida en el artículo 16.1 de la citada Ley 53/1984, de 26 de diciembre, dado que los interesados desempeñan un puesto de trabajo que comporta la percepción del complemento específico.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que tras la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales para 1982, se introduce el apartado 4 en el artículo 16 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, que establece: "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".

La aplicación de la citada Ley 53/1984, de 26 de diciembre, viene determinada por su carácter de norma básica del régimen estatutario de la función pública, dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución; siendo concordantes con la naturaleza de esta norma las previsiones del artículo 2.1.c) del mismo cuerpo legal, que prescribe su aplicación al personal al servicio de las Corporaciones Locales y de los Organismos de ella dependientes, así como las contenidas en los artículos 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y 145 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

Concretamente, este último precepto dispone que el régimen de incompatibilidades de los funcionarios de la Administración Local es el establecido con carácter general para la función pública en la Ley 53/1984, de



26 de diciembre, y en las normas que se dicten por el Estado para su aplicación a los funcionarios de la Administración Local.

El artículo 16 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, calificado por el Tribunal Supremo (Sentencia de 21 de octubre de 1993) de elemento fundamental del sistema de incompatibilidades, establece en su apartado 1 que "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". El apartado 4 de dicho precepto, introducido por la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, establece: "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".

Por consiguiente, sólo podrá reconocerse la compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas cuando el complemento específico o concepto equiparable correspondiente al puesto desempeñado no supere el 30 por 100 de la retribución básica del funcionario. Dicho artículo impide, de manera clara e inequívoca, el reconocimiento de compatibilidad alguna cuando la percepción del complemento específico o equiparable supere la referida cuantía. Y es el citado precepto el que resulta de aplicación al caso concreto, teniendo en cuenta que la compatibilidad se otorgó por un Acuerdo de 4 de mayo de 1998, cuando ya estaba en vigor el apartado 4 del artículo 16 de la Ley 53/1984, por lo que sí que cabría la posibilidad de otorgar la compatibilidad siempre que el complemento específico o concepto equiparable que percibieran los funcionarios no superara el 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

En este sentido, ha de recordarse que, según establecía el entonces vigente artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, norma vigente en el momento de aprobarse el Acuerdo por el que se otorga la compatibilidad a los funcionarios sobre los que versa el presente procedimiento, el complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad,



peligrosidad o penosidad, sin que pueda asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo. Es decir, se atiende a determinadas circunstancias del puesto de trabajo desempeñado, mientras que la retribución básica se refiere al personal que desempeña dicho puesto.

En el caso que ahora se examina, se incorporan al expediente las nóminas de los trabajadores correspondientes al mes de mayo de 1998, momento en el que se les otorgó la compatibilidad, por lo que hay que determinar si la cuantía percibida del complemento específico y de los complementos equiparables supera el 30 por 100 de las retribuciones básicas, excluidos los complementos de antigüedad.

Dña. xxxx1 percibe un sueldo base de 131.748 pesetas, un complemento específico B-22 de 13.908 pesetas y un complemento por domingos y festivos durante el mes de abril de 1998 de 17.500 pesetas, por lo que no superan el 30 por 100 de su sueldo base (39.524 pesetas), y la compatibilidad se habría concedido cumpliendo los requisitos legalmente establecidos.

Lo mismo ocurre con D. xxxx2, D. xxxx3, Dña. xxxx4, Dña. xxxx5, al ser sus nóminas iguales en cuanto al sueldo base, complemento específico B-22 y complemento por domingos y festivos durante el mes de abril.

Dña. xxxx6 se encontraba de baja por maternidad desde el día 15 de marzo de 1998 hasta el 4 de julio del mismo año, por lo que en mayo no percibiría complemento por domingos y festivos y su complemento específico B-22, no supera el 30 por 100 de sus retribuciones básicas.

D. xxxx7 percibe un sueldo base de 131.748 pesetas, un complemento específico B-22 de 13.908 pesetas y un complemento por domingos y festivos durante el mes de abril de 1998 de 7.000 pesetas, por lo que no superan el 30 por 100 de su sueldo base (39.524 pesetas).

Dña. xxxx8 percibe un sueldo base de 131.748 pesetas, un complemento específico B-22 de 13.908 pesetas, un complemento por domingos y festivos durante el mes de abril de 1998 de 10.500 pesetas y un complemento de asistencia sanitaria de 11.000 pesetas, por lo que no superan el 30 por 100 de su sueldo base (39.524 pesetas).



Dña. xxxx9 percibe un sueldo base de 131.748 pesetas, un complemento específico B-22 de 13.908 pesetas y un complemento por domingos y festivos durante el mes de abril de 1998 de 10.500 pesetas, por lo que no superan el 30 por 100 de su sueldo base (39.524 pesetas).

Dña. xxxx10 percibe un sueldo base de 131.748 pesetas, un complemento específico B-22 de 13.908 pesetas y un complemento por domingos y festivos durante el mes de abril de 1998 de 14.000 pesetas, por lo que no superan el 30 por 100 de su sueldo base (39.524 pesetas).

Sin embargo, respecto a Dña. xxxx11 sí procedería la revisión de oficio del Acuerdo por el que se le otorgó la compatibilidad, puesto que su sueldo base es de 80.303 pesetas, el complemento específico B-22 es de 38.447 y el complemento por domingos y festivos es de 3.500 pesetas, lo que supera el 30 por 100 de su retribución básica (24.091 pesetas).

Por lo tanto, el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 4 de mayo de 1998, por el que se otorgó la compatibilidad a los funcionarios a los que se refiere el presente procedimiento, tiene que tener en cuenta el cumplimiento de lo establecido en el artículo 16.1 y 4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, por lo que no cabe declarar la incompatibilidad por el hecho de percibir un complemento específico o análogo, sino que tiene que determinarse si la cuantía de los citados complementos no superó el 30 por 100 de las retribuciones básicas, excluidas las que retribuyen la antigüedad pues dicha excepción, introducida por la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, se encontraba vigente en el momento en que los funcionarios solicitaron las compatibilidades, por lo que éstas debieron de concederse previa comprobación por parte de la Administración de que las cantidades percibidas como complemento específico o equiparable no superaran el 30 por 100 de las retribuciones básicas, excluidas las que retribuyen antigüedad pues, en el caso de no superarse dichas cuantías, la compatibilidad se habría otorgado cumpliendo la normativa aplicable, por lo que no procedería la revisión de oficio del acuerdo de su concesión.

Por las razones anteriormente expuestas, se aprecia que la autorización de compatibilidad interesada únicamente por Dña. xxxx11, como efecto derivado del acto administrativo recaído, le ha generado el derecho al ejercicio



de la actividad privada que pretende realizar sin reunir el requisito legal expresamente establecido para poder concederse tal autorización y, por tanto, se incumple la condición a la que la norma de referencia anuda de forma directa e inmediata la posibilidad de obtención de ese derecho, que no puede sino calificarse de esencial, atendiendo la finalidad y literalidad del mandato resultante del citado precepto de aplicación (artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre).

Por todo lo cual este Consejo Consultivo considera que debe declararse la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 4 de mayo de 1998, adoptado por delegación del Pleno de 9 de marzo de 1998, de otorgamiento de compatibilidad a la funcionaria Dña. xxxx11, pero no respecto al resto de funcionarios a los que se refiere el Acuerdo, con base en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, que se encontraba en vigor cuando se acordó la compatibilidad.

El análisis de las circunstancias que concurren en el supuesto sometido a dictamen - principalmente el tiempo transcurrido desde el reconocimiento de la compatibilidad hasta el inicio de las actuaciones para su anulación-, puestas en relación con la normativa por la que se rige la revisión por la Administración de sus propios actos determinan que este Consejo Consultivo considere adecuado fundamentar la nulidad de pleno derecho de la indebida concesión de compatibilidad en el artículo 62.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con objeto de poner fin a la situación planteada, para la que el ordenamiento jurídico no permite otra solución que la estricta aplicación de las normas reguladoras de la revisión de oficio.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede que se declare la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 4 de mayo de 1998 adoptado por delegación del



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

Pleno de 9 de marzo de 1998, de otorgamiento de compatibilidad a la funcionaria Dña. xxxx11, pero no a los once restantes.

No obstante, V.E., resolverá lo que estime más acertado.