



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero y
Ponente

Sr. Nalda García, Consejero

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 del Pleno de 21 de diciembre de 1992, de otorgamiento de compatibilidad al funcionario D. xxxx1*.

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 1.506/2011, 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. Fernández Costales.

Primero.- Por Acuerdo del Pleno de la Diputación de xxxxx de 21 de diciembre de 1992 se concedió a D. xxxx1, operario de Vías y Obras, la compatibilidad con el ejercicio privado de su profesión, con las limitaciones establecidas por la ley para el ejercicio de actividades privadas compatibles con actividades públicas.



Segundo.- Por Decreto del Presidente de la Diputación de 7 de octubre de 2011 se inicia procedimiento de revisión de oficio del mencionado Acuerdo del Pleno de 21 de diciembre de 1992, 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 al interesado, sin que conste la presentación de alegaciones o de documentación por parte de aquél.

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, e 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 del interesado correspondientes al año 1992.

Cuarto.- La propuesta de resolución formulada (cuya fecha no consta) propone la declaración de nulidad del Acuerdo de 21 de diciembre de 1992, 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: "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 D. xxxx1 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.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento de revisión de oficio incoado por Pleno de la Diputación Provincial de xxxxx para declarar la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de 21 de diciembre de 1992, en el que se otorga la compatibilidad a D. xxxx1, funcionario de la Diputación Provincial, para el ejercicio privado de su profesión de hostelería.

En relación con la legislación aplicable al presente supuesto hay que tener en cuenta que el acto cuya revisión se pretende es el Acuerdo del Pleno de la Diputación Provincial de xxxxx de 21 de diciembre de 1992, por el que se



otorgó a D. xxxx1, funcionario de la Diputación, la compatibilidad para el ejercicio privado de su profesión de hostelería. Dicho acto se dictó cuando estaba vigente la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (en adelante LPA) y el procedimiento de revisión de oficio se inicia en el año 2011, estando ya en vigor la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en adelante LRJPAC).

De conformidad con el principio general del derecho *tempus regit actum*, los vicios determinantes de la nulidad del acto deben regirse por la normativa que se encontraba en vigor cuando éste se dictó. En el presente caso, al tratarse de un acto dictado bajo la vigencia de la LPA, será de aplicación su artículo 47, referente a motivos de nulidad de pleno derecho.

No obstante, la acción de nulidad se ha entablado encontrándose en vigor la LRJPAC, por lo que ésta será la normativa aplicable al procedimiento a seguir, en virtud del principio general anteriormente citado.

En este sentido el Dictamen del Consejo de Estado 142/2005, de 11 de mayo, señala que "De acuerdo con una consolidada doctrina, dado que la revisión ha sido iniciada bajo la vigencia de la Ley 30/1992, el procedimiento a seguir para su resolución habrá de ajustarse a lo preceptuado en esta Ley. Ello no obstante, la previsión de la disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992 comprende exclusivamente la aplicación con tal alcance de las normas de procedimiento de la Ley, pero no de las de carácter sustantivo, cual es el caso de las que establecen las causas de nulidad de pleno derecho; por ello, y en relación con este supuesto de posible nulidad de pleno derecho del acto recurrido, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), como ya ha expuesto en otras consultas este Alto Cuerpo (dictámenes de los expedientes 856/1993, de 15 de julio, 859/1994, de 29 de septiembre, y 1.549/1994, de 21 de septiembre, entre otros)".

A la luz de esta doctrina y considerada la fecha del Acuerdo del Pleno sometido a revisión, deberá acudir a lo dispuesto en el artículo 47.1 de la LPA a fin de dilucidar la causa o causas de nulidad de pleno derecho que pudieran afectar al aludido Acuerdo del Pleno de otorgamiento de la compatibilidad, cuya nulidad se fundamenta indebidamente en la propuesta en el artículo 62.1.f) de la LRJPAC.



A este respecto el Dictamen del Consejo de Estado 2.048/1995, de 21 de diciembre, pone de manifiesto que "Como señaló el Consejo de Estado en su dictamen 1.979/1994, la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 no contemplaba esta causa de nulidad radical -la prevista actualmente en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992-. El origen de la misma puede encontrarse en la doctrina del Consejo, que durante la vigencia de la Ley de 1958 entendió, en diversos expedientes, que la ausencia de los presupuestos esenciales para adquirir un derecho es un vicio que determina la nulidad de pleno derecho del acto que lo sufra, ya que su contenido deviene imposible, como se puso de manifiesto en los dictámenes 50.710, de 1 de octubre de 1987, 52.139, de 27 de julio de 1989, 52.761, de 21 de septiembre de 1989 y 54.115, de 23 de noviembre de 1989. En tales casos, se aplicó el apartado 1.b) del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de modo que, el acto deviene imposible por la ausencia de un presupuesto fáctico básico exigido para dictarlo".

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, 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 LRJPAC. 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 del Pleno de la Diputación de xxxxx de 21 de diciembre de 1992, por el que se otorga compatibilidad a D. xxxx1, funcionario de la Diputación, para el ejercicio privado de su profesión de hostelería, con base en el artículo 62.1 f) de la LRJPAC 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".

Como ya se ha expuesto anteriormente, si se tiene en cuenta que debe aplicarse la norma vigente en el momento de producirse el acto, resulta de aplicación el artículo 47 de la LPA, que dispone:

"1. Los actos de la Administración son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

»a) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente.



»b) Aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito.

»c) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

»2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas en los casos previstos en el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado”.

Habrá que determinar por tanto si la aludida causa de nulidad puede incardinarse en la letra b) del artículo 47.1 de la LPA: “Aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito”.

El acto de contenido imposible es el que, por propio ser o realidad intrínseca, no puede llevarse a cabo, bien porque encierra contradicción interna o en sus términos, bien por su oposición a leyes físicas inexorables o a la que racionalmente se considera insuperable.

La imposibilidad de los actos administrativos puede ser física, ideal o jurídica. La imposibilidad física de un acto tiene lugar cuando resulta absolutamente inadecuado a la realidad material sobre la que recae, como ocurre si el acto se refiere a un sujeto o a un objeto inexistente. La ideal surge cuando la estructura lógica del acto está defectuosamente conformada, al existir dentro de ella elementos contradictorios, y la jurídica cuando el acto contradice de manera clara y terminante el ordenamiento jurídico por faltar los presupuestos del propio acto.

Así pues, un acto es jurídicamente imposible cuando faltan las circunstancias de orden fáctico y jurídico que, siendo independientes, anteriores y externas al acto mismo, deben concurrir para que éste sea admisible y eficaz, lo que ha de determinarse caso por caso.

En el supuesto objeto de dictamen se ha otorgado a un funcionario 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, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, 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 1992, 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 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 21 de diciembre de 1992, cuando ya estaba en vigor el apartado 4 del artículo 16 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, 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 al funcionario sobre el 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 del trabajador correspondientes al año 1992, momento en el que se les otorgó la compatibilidad y, tras el examen de las mismas, se comprueba que la cuantía del complemento específico y de los complementos equiparables percibidos superan el 30 por 100 de las retribuciones básicas, excluidos los complementos de antigüedad.

Por lo tanto, el Acuerdo del Pleno de la Diputación de 21 de diciembre de 1992, por el que se otorgó la compatibilidad al funcionario al que se refiere el presente procedimiento, debe 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 el funcionario solicitó la compatibilidad, por lo que ésta debió 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 otorgada a D. xxxx1, 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).

Por todo lo cual este Consejo Consultivo considera que debe declararse la nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Pleno de la Diputación Provincial de xxxxx de 21 de diciembre de 1992, de otorgamiento de compatibilidad al funcionario D. xxxx1, con base en el artículo 47.1 b) de la LPA de 1958, 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 47.1 b) de la LPA 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:



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

Procede que se declare la nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Pleno de la Diputación de xxxxx de 21 de diciembre de 1992, de otorgamiento de compatibilidad al funcionario D. xxxx1.

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