



Sr. Estella Hoyos, Presidente en funciones

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 2 de febrero de 2012, ha examinado el *expediente de revisión de oficio iniciado por el Ayuntamiento 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 10 de enero de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxxx, para la declaración de nulidad del acto presunto estimatorio de la solicitud de compatibilidad presentada por D. xxxx1 para el ejercicio de actividad privada*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 11 de enero de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 14/2012, 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.-** El 7 de julio de 2011 D. xxxx1 presenta una solicitud de compatibilidad para el ejercicio de actividad privada por cuenta ajena con su profesión de Agente de la Policía Local.

**Segundo.-** El 28 de septiembre la técnica de personal del Ayuntamiento emite informe sobre las retribuciones del solicitante.



**Tercero.-** El 6 de octubre la Secretaria del Ayuntamiento emite un completo informe en el que concluye:

“Procede la denegación de la solicitud de compatibilidad para el ejercicio de la actividad privada propuesta, al no estar incluida dentro del listado del art. 19 de la Ley 53/1985 de actividades excluidas del régimen de incompatibilidad de la misma, y por la concurrencia de la causa de incompatibilidad de carácter económica del art. 16 de la misma ley, al desempeñar el solicitante un puesto de trabajo que conlleva la percepción de un complemento específico, cuya cuantía además supera el 30% de su retribución básica, excluidos los conceptos que tienen su origen en la antigüedad.

»No obstante, se ha producido un acto administrativo presunto estimatorio de la solicitud de compatibilidad, por el transcurso del plazo máximo legal de dos meses sin haberse dictado y notificado resolución expresa posterior contraria a ese sentido estimatorio del acto presunto.

»La anulación del acto administrativo presunto requerirá la previa tramitación del procedimiento regulado en el art. 102 de la Ley 30/1992 (...).”

**Cuarto.-** El Pleno de la Corporación Municipal en sesión de 20 de octubre acuerda iniciar un procedimiento de revisión de oficio del acto presunto estimatorio de la solicitud de compatibilidad, 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.

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

**Quinto.-** Mediante Acuerdo del Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León de 17 de noviembre de 2011, a la vista de los defectos procedimentales advertidos, se devuelve el expediente al Ayuntamiento para que se tramite correctamente el procedimiento revisorio.

**Sexto.-** Concedido trámite de audiencia al interesado, no consta que se presentaran alegaciones.



**Séptimo.-** El 22 de diciembre de 2011 el Pleno del Ayuntamiento formula propuesta de resolución para “la declaración del Acto presunto estimatorio de la solicitud de compatibilidad para el ejercicio de la actividad privada, formulada por el Agente de la Policía Local (...), como nulo de pleno derecho, por hallarse incurso en la causa de nulidad contenida en la letra f) del 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

Igualmente se acuerda delegar en la Alcaldía la competencia para dictar la resolución final del procedimiento y suspender el plazo máximo legal de resolución al amparo del artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, lo que se notifica al interesado.

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 del Ayuntamiento, 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 22.2.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 del Ayuntamiento por el citado artículo 22 de la Ley 7/1985 (Dictamen del Consejo de Estado 1420/1993, de 2 de diciembre).

Esto mismo es exigido por la jurisprudencia, que mantiene que “el acuerdo resolutorio deberá ser, al menos por su trascendencia, adoptado por el Pleno Corporativo” (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985 y 2 de febrero de 1987, entre otras).

**3ª.-** El asunto sometido a consulta versa sobre expediente de revisión de oficio del acto presunto estimatorio de la solicitud de compatibilidad de D. xxxx1, Policía Local, para el ejercicio privado de su profesión.

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.

Una vez 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.

Es objeto de revisión el silencio administrativo positivo producido como consecuencia de que la solicitud de compatibilidad para el ejercicio de una actividad privada no ha sido resuelta en el plazo normativamente establecido.

El silencio administrativo se produce como consecuencia de que no se ha resuelto y notificado la resolución expresa en el plazo máximo de duración del procedimiento. Y el artículo 43.4 dispone que la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria de este último.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 43 establece: "La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento". De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero: "(...) Se trata de regular esta capital



institución del procedimiento administrativo de forma equilibrada y razonable, por lo que se suprime la certificación de actos presuntos que, como es sabido, permitía a la Administración, una vez finalizados los plazos para resolver y antes de expedir la certificación o que transcurriera el plazo para expedirla, dictar un acto administrativo expreso aún cuando resultara contrario a los efectos del silencio ya producido. Por todo ello, el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley”.

La estimación por silencio de una solicitud tiene igual naturaleza que el acto administrativo expreso estimatorio de aquélla y, en lógica consecuencia, para dejar sin efecto un acto administrativo producido por silencio se necesita acudir al procedimiento de revisión de los actos administrativos expresos, bien sea a instancia de la Administración o a instancia de un particular.

La propuesta de resolución señala que procede declarar la nulidad de pleno derecho del acto presunto estimatorio de la solicitud de compatibilidad de D. xxxx1, Policía Local, para el ejercicio privado de profesión privada, 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 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.

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.



La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1992 señaló que el espíritu de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, reflejado en su Exposición de Motivos, exige de los servidores públicos un esfuerzo testimonial de ejemplaridad ante los ciudadanos constituyendo en este sentido un importante avance hacia la solidaridad, la moralización de la vida pública y la eficacia de la Administración, a lo que debe añadirse la declaración contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 178/1989, de 2 de noviembre, al establecer que la incompatibilidad constituye la regla general en el sector público, siendo la compatibilidad la excepción a aquella.

La propuesta de resolución señala que “Considerando lo establecido en el artículo 6 apartado 7), de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, según el cual la pertenencia a las fuerzas y cuerpos de seguridad es causa de incompatibilidad para el desempeño de cualquier otra actividad pública o privada, salvo aquellas actividades exceptuadas de la legislación sobre actividades, y dado que la actividad privada pretendida no se encuentra dentro de las enumeradas en el art. 19 de la Ley 53/1984 de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas como excluida del régimen de incompatibilidades de dicha Ley, precepto al que hay que entender hecha la remisión del art. 6.7 de la LO 2/1986, según jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional (así, STS de 23 de Enero de 1990 y de la Audiencia Nacional de 22 de Julio de 2004 y 4 de Noviembre de 2010)”.

En efecto, resulta expresiva la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 22 de abril de 2009 cuando señala que “El Tribunal Supremo se ha ocupado de la interpretación que deba darse a ese artículo 6, apartado 7, de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo. Así, en sentencia de 23 de enero de 1.990, resolviendo un recurso extraordinario en interés de la Ley, ha declarado que si el apartado 7 del artículo 6 de la Ley Orgánica 2/1986, sólo exceptúa de la incompatibilidad aquellas actividades exceptuadas de la legislación sobre incompatibilidades, lo lógico es referir esta noción a la legal descrita en el artículo 19 de la Ley 53/1984 o a la que pueda establecerse con este carácter en una eventual futura legislación sobre esta materia, constatando la existencia de una previsión constitucional de un Estatuto personal diferenciado para quienes pertenezcan a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, estimando errónea la doctrina de que



doctrina de que dicho precepto de la Ley Orgánica 2/1986 , `implica una remisión en bloque a la Ley 53/1984, de modo que establecería para los miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad el mismo régimen de incompatibilidades que el del resto del personal al servicio de las Administraciones Públicas´.

»Por tanto, sólo con respecto a las actividades enumeradas en el artículo 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, existe excepción al régimen de incompatibilidad de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin que pueda admitirse una interpretación extensiva que vulnere el espíritu y la finalidad de dicho régimen”.

Es cierto que en el presente caso la actividad privada por cuenta ajena para la que se solicita la compatibilidad -que tal y como indica el informe elaborado por la Secretaria General del Ayuntamiento no está descrita de forma suficientemente clara en la solicitud y se trataría de una actividad de administración en empresa dedicada al transporte interior e internacional de mercancías y viajeros, durante una hora al mes, que se desarrollaría por internet- no está incluida dentro de las permitidas en el artículo 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre. Por ello el acto producido por silencio administrativo ha generado el derecho al ejercicio de una actividad privada por cuenta ajena sin reunir el requisito legal expresamente establecido para poder concederse la autorización de compatibilidad, que no puede sino calificarse de esencial para la obtención de ese derecho.

No puede evitarse tomar en consideración que la función policial ostenta especiales connotaciones en atención a las funciones de mantenimiento del orden público y seguridad pública que tienen encomendadas, por lo que no parecería correcto que se sometiera al régimen general de incompatibilidades del mismo modo que el resto de funcionarios de la Administración.

Pero aunque se considere la existencia de una doctrina contraria a lo señalado, posición sostenida, entre otras, en Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de noviembre de 2005, o del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativo de Valladolid, de 6 de julio de 2007, que considera que la remisión del artículo 6.7 de la Ley 2/1986, no puede considerarse efectuada sólo al artículo 19 de la Ley 53/1984,





de 26 de diciembre, sino a la legislación sobre incompatibilidades *in totum*, en el presente supuesto, tal y como pone de manifiesto la propuesta de resolución "concorre otra causa de incompatibilidad (...) al establecer el artículo 16 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre (...) que no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad alguna al personal que desempeñe puestos que comporten la percepción de complementos específicos o concepto equiparable (con las excepciones establecidas en su apartado tercero); y que el interesado percibe un complemento específico cuya cuantía supera el límite máximo previsto en el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, del 30% de su retribución básica, excluidos los conceptos que tienen su origen en la antigüedad".

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".

Dicho artículo impide de manera clara e inequívoca el reconocimiento de compatibilidad alguna cuando la percepción del complemento específico o equiparable supere el 30 por cien de 100 de la retribución básica del funcionario.

En el caso que ahora se examina 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 ello se aprecia que la autorización de compatibilidad le ha generado el derecho de ejercicio de la actividad privada que pretende realizar, sin reunir el requisito legal expresamente establecido para poder concederse tal autorización y, por tanto, con incumplimiento de 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 expuesto, este Consejo Consultivo considera que debe declararse la nulidad de pleno derecho del acto presunto estimatorio de la solicitud de compatibilidad para el ejercicio de actividad privada conforme a lo señalado en el cuerpo del presente dictamen, con fundamento en el artículo 62.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

### **III CONCLUSIONES**

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

Procede que se declare la nulidad de pleno derecho del acto presunto estimatorio de la solicitud de compatibilidad presentada por D. xxxx1 para el ejercicio de actividad privada.

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