Asunto : alegaciones a acuerdo de iniciación de procedimiento de lesividad contra acto presunto de reconocimiento de compatibilidad.

Solicitante : Ayuntamiento de xxxxx

Expte. : 248/22, GEX 42122/2022

Visto el oficio remitido por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de xxxxx, en el que solicita informe sobre alegaciones del interesado a acuerdo plenario sobre inicio de procedimiento de declaración de lesividad de acto presunto de reconocimiento de compatibilidad, así como la resolución de la Presidencia que la autoriza, por el funcionario adscrito al Servicio de Asistencia Jurídica y Consultoría Técnica que suscribe se emite el siguiente:

INFORME:

ANTECEDENTES:

1. El 29 de noviembre de 2019, don Xxxxx Xxxxx presentó solicitud para compatibilizar su puesto de trabajo como funcionario del Ayuntamiento, con destino en el Cuerpo de Policía, con una actividad a desarrollar por cuenta propia como Abogado. Dado que la pretensión del interesado debió resolverse y notificarse en el plazo máximo de dos meses y que no se dictó por la Administración resolución expresa sobre la misma en el indicado plazo, el interesado estaba legitimado para entenderla estimada por silencio administrativo.

2. Mediante acuerdo del Pleno de Ayuntamiento de xxxxx en sesión celebrada el 25 de febrero de 2022, se acuerda el inicio del procedimiento de revisión de oficio del acto presunto de reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de actividad privada a don Xxxxx Xxxxx Xxxxx, por entender que concurre la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015. Conforme al art. 106.1 de esta ley, el Ayuntamiento de Benamejí solicita dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía en relación con el indicado procedimiento de revisión de oficio.

3. En el Dictamen del Consejo Consultivo nº 499/2022, recaído en el anterior procedimiento, se dictamina desfavorablemente el expediente incoado por el Ayuntamiento de xxxxxx para la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho del

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Letrado asesor AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 28-09-2022

pie_firma_corto_dipu_01

reconocimiento de compatibilidad a favor de don Xxxxx Xxxxx. No obstante, se argumenta en el dictamen lo siguiente: ***Otra cosa es que pueda resultar infringido el artículo 16.4 de la Ley 53/1984 o los restantes preceptos indicados o que los términos (que podrían calificarse de absolutos) del reconocimiento por silencio positivo (acorde en consecuencia a lo solicitado por el interesado) no se ajusten al ordenamiento jurídico***. *Precisamente, esto es lo que se hace constar en los diferentes informes emitidos por la Vicesecretaría-Intervención en los que se dice expresamente que el reconocimiento de la referida compatibilidad es posible pero siempre dentro de los límites a los que se hace referencia en el mismo y que han sido reproducidos en este dictamen. En el caso de que la compatibilidad estimada fuera contraria al ordenamiento jurídico por contravenir las limitaciones dispuestas en los preceptos invocados, el acto es anulable, de tal forma que el Ayuntamiento debería declarar su lesividad e impugnarlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa antes de que transcurra el plazo de cuatro años legalmente establecido, conforme al artículo 107 de la Ley 39/2015.* ***En suma, no concurre la causa de nulidad invocada por el Ayuntamiento de Xxxxx, tratándose, en su caso, de un supuesto de anulabilidad de los actos administrativos en cuestión por infracción del ordenamiento jurídico.***

4. El Pleno del Ayuntamiento, en sesión ordinaria celebrada el día 28 de julio 2022, adoptó el siguiente acuerdo:

> *(…)*
>
> *PRIMERO: Iniciar el procedimiento para determinar si procede la declaración de lesividad del acto presunto de reconocimiento de la compatibilidad para el ejercicio de actividad privada (abogacía) de D. Xxxxx X Xxxx Xxxxx, funcionario Policía Local del Ayuntamiento de xxxxx.*
>
> *SEGUNDO: Notificar el presente acuerdo al interesado al objeto de que pueda presentar alegaciones en el plazo de diez días.*
>
> *TERCERO: Suspender la ejecución del acto presunto de referencia, esto es, suspender el reconocimiento de la compatibilidad para el ejercicio de la actividad de abogacía hasta tanto se resuelva el procedimiento de declaración de lesividad, dado que la misma podría causar perjuicios de imposible o difícil reparación como son: posibilidad de menoscabo de las obligaciones profesionales como policía, con la debida imparcialidad, neutralidad, confidencialidad e independencia; ejercicio de la abogacía con posibles perjuicios para terceros.*

5. El anterior acuerdo le fue notificado al interesado el 8 de agosto, a efectos de formular alegaciones, que fueron presentadas con fecha 20 de agosto siguiente. En las mismas solicita el archivo del acuerdo sobre iniciación del expediente de lesividad con arreglo a las consideraciones que formula y en las que se reserva, en caso de ser desestimada su petición, la interposición de recurso de reposición contra el acuerdo definitivo.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Letrado asesor AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 28-09-2022

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

1. Normativa aplicable:

1. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas(LPACAP, en lo sucesivo).

2. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA, en lo sucesivo).

3. Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

4. Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).

2. Consideraciones jurídicas

Los siguientes preceptos de la LPACAP contienen la normativa legal básica sobre la materia objeto de este informe:

Artículo 48. Anulabilidad.

1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

Art 107: Declaración de lesividad de actos anulables.

1. Las Administraciones Públicas podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48, previa su declaración de lesividad para el interés público.

2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 82. Sin perjuicio de su examen como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el proceso judicial correspondiente, la declaración de lesividad no será susceptible de recurso, si bien podrá notificarse a los interesados a los meros efectos informativos.

3. Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad, se producirá la caducidad del mismo.

(...)

5. Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad.

Artículo 108. Suspensión.

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Letrado asesor AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 28-09-2022

pie_firma_corto_dipu_01

Iniciado el procedimiento de revisión de oficio al que se refieren los artículos 106 y 107, el órgano competente para declarar la nulidad o lesividad, podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

Art. 82: Trámite de audiencia.

1. Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, para lo que se tendrán en cuenta las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

La audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento.

2. Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

En segundo lugar, la LJCA dispone sobre la misma cuestión:

Art. 19.2:

La Administración autora de un acto está legitimada para impugnarlo ante este orden jurisdiccional, previa su declaración de lesividad para el interés público en los términos establecidos por la Ley.

Art. 43:

Cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público.

Art. 45:

4. El recurso de lesividad se iniciará por demanda formulada con arreglo al artículo 56.1, que fijará con precisión la persona o personas demandadas y su sede o domicilio si constara. A esta demanda se acompañarán en todo caso la declaración de lesividad, el expediente administrativo y, si procede, los documentos de las letras a) y d) del apartado 2 de este artículo.

Art. 46:

5. El plazo para interponer recurso de lesividad será de dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad.

Art. 49.6:

El emplazamiento de los demandados en el recurso de lesividad se efectuará personalmente por plazo de nueve días.

Por último, la legislación de régimen local contiene los siguientes preceptos relevantes en esta materia:

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Letrado asesor AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 28-09-2022

Art. 22 LRBRL:

2. Corresponden, en todo caso, al Pleno municipal en los Ayuntamientos, y a la Asamblea vecinal en el régimen de Concejo Abierto, las siguientes atribuciones:

k) La declaración de lesividad de los actos del Ayuntamiento.

Art. 110 LRBRL:

1. Corresponderá al Pleno de la Corporación la declaración de nulidad de pleno derecho y la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria, en los casos y de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos 153 y 154 de la Ley General Tributaria.

2. En los demás casos, las entidades locales no podrán anular sus propios actos declarativos de derechos, y su revisión requerirá la previa declaración de lesividad para el interés público y su impugnación en vía contencioso-administrativa, con arreglo a la Ley de dicha Jurisdicción.

Artículo 221 ROF:.

1. Los acuerdos para el ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las entidades locales deberán adoptarse previo dictamen del Secretario o, en su caso, de la Asesoría Jurídica, y, en defecto de ambos, de un Letrado.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 17/10/2011, Nº de Recurso 459/2010, configura la declaración de lesividad como un presupuesto procesal no susceptible de recurso:

Al efecto, conviene recordar que la declaración de lesividad constituye una decisión de la Administración,encarnada en este caso en su máximo organismo cual es el Consejo de Ministro, por la que se declara lesivo para el interés público un acto dictado por ella a efectos de incoar un proceso administrativo que tiene porobjeto la nulidad de dicho acto. Es, por tanto, la declaración de lesividad, como recoge la sentencia de 12 demarzo de 1996 , un acto administrativo de naturaleza especial en cuanto únicamente produce efectos en el ámbito procesal, por lo que no es admisible la impugnación directa ante los órganos del orden jurisdiccional-contencioso administrativo de dicha declaración de lesividad.

La sentencia de 18 de julio de 2000 entendió que <<la declaración de lesividad, regulada anteriormente en el articulo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo y actualmente en el articulo 103 de la Ley 30/1992(modificado por la Ley 4/1999), constituye un mero presupuesto procesal para la interposición del recurso contencioso administrativo por parte de la Administración contra sus propios actos, favorables o declarativos de derechos, siendo en el proceso que se promueva con base en esta declaración de lesividad donde se dilucidará si efectivamente concurre causa de anulabilidad en el acto declarado lesivo. De esta caracterización jurídica de la declaración de lesividad como mero presupuesto para el ejercicio de acciones contra sus propios actos por parte de la Administración, deriva la inadmisibilidad del recurso que se interponga contra la

pie_firma_conv_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Letrado asesor AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 28-09-2022

misma,tal y como ha declarado esta Sala en sentencia de 26 de junio de 1984 , siendo lógica esta declaración de inadmisibilidad, ya que no tiene sentido admitir la interposición de un recurso contra la Administración, sin más objeto que evitar que la misma Administración interponga un recurso, ***en el cual la parte podrá hacer plena defensa de su derechos, incluida la argumentación en que funda ahora sus pretensiones.>>***

En el mismo sentido se expresa la sentencia de 23 de julio de 2002 , y se reitera en ulteriores pronunciamientos de esta Sala, de los que cabe citar a título de ejemplo la sentencia de 31 de marzo de 2008 , que califica la declaración de lesividad como un presupuesto imprescindible para la interposición del ulterior recurso contencioso administrativo por parte del Sr. Abogado del Estado, para obtener un pronunciamiento de anulación del acto administrativo previamente declarado lesivo.

En similares términos se expresa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia, de 21/11/2019, Nº de Recurso 264/2017:

La declaración de lesividad, como viene reiteradamente afirmando la jurisprudencia, constituye "un mero presupuesto procesal para la interposición del recurso contencioso-administrativo por parte de la Administración contra sus propios actos favorables o declarativos de derechos". La STS 18.7.00 (rec. 53/97) que se invoca explica que "no tiene sentido admitir la interposición de un recurso contra la Administración sin mas objeto que evitar que la misma Administración interponga un recurso, en el cual la parte podrá hacer plena defensa de sus derechos, incluida la argumentación en que funda ahora su pretensión". Para la parte recurrente, el argumento únicamente será válido para explicar por qué no cabe interponer recurso contencioso-administrativo autónomo contra la declaración de lesividad, pero no para explicar por qué no cabe recurso de reposición. Sin embargo, aunque el apelante hace referencia a la posibilidad "universal" de recurrir en vía administrativa, se trata de una opinión, no coincidente con el art. 107 de la Ley 30/92 , que expresamente establece que los actos de trámite no son susceptibles de ser recurridos en vía administrativa, salvo que se esté en alguno de los supuestos contemplados. Como señala el art. 107.1 párrafo 2, "la oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento". En este caso, la declaración de lesividad no es sino el presupuesto para el ejercicio de acciones por la Administración contra sus propios actos, decisión que se adopta previa audiencia de los interesados. Pero se trata de la configuración de un presupuesto procesal que delimita el ámbito de la acción de lesividad ante la Jurisdicción, y que se adopta previa audiencia de los interesados, pero que no es sino la configuración de un presupuesto procesal indispensable para la legitimación activa de la Administración cuando pretende actuar como parte demandante contra sus propios actos. El art. 116.1 de la Ley 30/92 establece la alternativa (recurso potestativo de reposición o impugnación directa), puesto que se trata de la reacción contra actos administrativos que ponen fin a la vía administrativa. Es pacífica la posición jurisprudencial contraria a entender que la declaración de lesividad de actos anulables pueda ser impugnada ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, y ello hace que

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Letrado asesor AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 28-09-2022

pie_firma_conte_dipu_01

decaiga, igualmente, la posibilidad de ser recurrida potestativamente en vía administrativa, porque, en último término, también si se posibilita este recurso se está ante la falta de sentido de posibilitar un recurso contra la Administración, sin más objetivo que solicitar que no se interponga por la propia Administración un recurso en el que también la propia parte podrá intervenir, y cuestionar la propia declaración de lesividad, que no es sino presupuesto procesal para la correcta configuración de la legitimación activa de la Administración, y controlable jurisdiccionalmente, en su caso".

Basta, con arreglo a la doctrina expuesta, que no siendo susceptible de recurso dicha declaración, con que al interesado se le haya dado la oportunidad de efectuar alegaciones en el trámite instruido al efecto. En nuestro asunto ese trámite se le concedió en la notificación de 15-11-2013 realizada, tal y como el propio recurrente admite, concediéndosele un plazo de 15 días para que presentase alegaciones

En consideración a lo expuesto, concluimos lo siguiente:

1. Tal como se apunta en el dictamen del Consejo Consultivo citado anteriormente y en los informes de Vicesecretaría-Intervención que constan en el expediente, cuya fundamentación jurídica compartimos, el acto presunto de reconocimiento de compatibilidad a favor del Sr. Xxxxx Xxxxx podría incurrir en infracción de la normativa legal en materia de incompatibilidades del personal del sector público.
2. Al tratarse de un acto que pueda estar incurso en causa de anulabilidad pero declarativo de derechos a favor del interesado, la Administración no dispone de facultades de autotutela, por lo que ha de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para su anulación.
3. La legitimación activa de la Administración en el proceso contencioso requiere como presupuesto procesal la previa declaración por acuerdo plenario de la lesividad del acto que se va a impugnar.
4. El procedimiento para acordar la declaración de lesividad exige la audiencia de las personas interesadas, así como dictamen de la asesoría legal de la Entidad.
5. El acuerdo definitivo que ponga fin al procedimiento de lesividad no es susceptible de recurso, pues no produce efecto hasta que posteriormente la Administración no impugne ante la jurisdicción contencioso administrativa la resolución que declaró lesiva. No obstante, podrá ser notificado a los interesados a meros efectos informativos.
6. En el proceso contencioso-administrativo instado en virtud de esa declaración de lesividad, se dilucidará si efectivamente concurre causa de anulabilidad en el acto declarado lesivo. Por tanto, en esta fase preprocesal en sede administrativa

pie_firma_conv_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Letrado asesor AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 28-09-2022

no cabe pronunciarse sobre las alegaciones y pretensiones de la parte interesada concernientes a la cuestión de fondo, quien podrá hacerlas valer en el posterior proceso contencioso-administrativo con las argumentaciones que considere convenientes a la defensa de su derecho.

Es cuanto me corresponde informar, advirtiendo que la opinión jurídica recogida en el presente informe se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, y no suple en modo alguno otros informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Letrado asesor AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 28-09-2022