

## Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 1684/2019 de 5 Dic. 2019, Rec. 2454/2017

Ponente: Picó Lorenzo, Celsa.

Consultar JURIMETRÍA de este Magistrado

LA LEY 177577/2019

ECLI: ES:TS:2019:3888

### Establece doctrina

#### Doctrina esencial

#### **Compatibilidad con actividad privada. Reconocimiento. Presupuestos. Remuneraciones percibidas.**

A la vista de lo establecido en la Ley 53/1984, la percepción por parte de los empleados públicos de complementos específicos, o concepto equiparable, que incluyan expresamente entre los componentes que remuneran el factor de incompatibilidad, impide, en todo caso y con independencia de la cuantía de aquellas retribuciones complementarias, reconocerles la compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas.

Puede otorgarse el derecho a la compatibilidad cuando la cuantía de las retribuciones complementarias no supere el 30 por 100 de las retribuciones básicas, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad, y de superarse, debe estarse a lo establecido en el Real Decreto-Ley 20/2012 de 13 Jul. y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 Dic. 2011 en el ámbito de la Administración General del Estado, y a lo que puedan establecer las leyes de función pública autonómica.

INTERÉS CASACIONAL. PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN. Compatibilidad con el ejercicio de actividad privada. Reconocimiento. Lo impide la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, que incluyan expresamente entre los componentes que remuneran el factor de incompatibilidad, y ello con independencia de su cuantía. Posible otorgamiento del derecho a la compatibilidad cuando la cuantía de las retribuciones complementarias no supere el 30% de las retribuciones básicas, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad. Atención, en el caso de superarse esa cuantía, a lo dispuesto en el RDL 20/2012 y en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 Dic. 2011 en el ámbito de la Administración del Estado (que permiten la compatibilidad siempre que se reduzcan los complementos específicos), así como a lo que puedan establecer las leyes de función pública autonómica.

*El TSJ Andalucía estimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Sevilla, y confirmó la resolución de la Secretaría General Técnica de Administración Pública de la Junta de Andalucía que declaró no haber lugar al reconocimiento de la compatibilidad solicitada por el actor. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación promovido por el demandante, declara nula la sentencia de instancia y, acogiendo el recurso contencioso, anula la resolución impugnada y condena a la Administración a autorizar la compatibilidad solicitada.*

**A Favor: PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN.**

**En Contra: ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA.****TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Contencioso-Administrativo****Sección Cuarta****Sentencia núm. 1.684/2019**

Fecha de sentencia: 05/12/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2454/2017

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 12/11/2019

Ponente: Excmá. Sra. D.<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 2454/2017

Ponente: Excmá. Sra. D.<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Contencioso-Administrativo****Sección Cuarta****Sentencia núm. 1684/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D<sup>a</sup>. Maria del Pilar Teso Gamella

En Madrid, a 5 de diciembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-2454/2017, interpuesto por el procurador don Víctor Manuel Roldán López en nombre y representación de don Teodosio, bajo la dirección letrada de don José Manuel Guerrero Mantel, contra la sentencia nº 117/2017, de fecha 26 de enero de 2017 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, que estimó el recurso de apelación núm. 539/2015 interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de julio de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Sevilla en el procedimiento abreviado núm. 406/2012.

Ha sido parte recurrida la Junta de Andalucía, representada y defendida por la Letrada de sus

Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el recurso de apelación número 539/2015, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictó sentencia el 26 de enero de 2017, cuyo fallo dice literalmente:

"PRIMERO.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la CONSEJERIA DE HACIENDA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, contra la sentencia dictada el día 27 de julio de 2015, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número Dos de Sevilla en el procedimiento abreviado número 406/2012, que revocamos, confirmando la resolución de fecha 3 de junio de 2014 de la Secretaría General Técnica de Administración Pública de la Junta de Andalucía, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 25 de febrero de 2014 ,por la que se declaró no haber lugar al reconocimiento de la compatibilidad solicitada.

SEGUNDO.- No hacer expresa declaración sobre pago de costas procesales causadas en esta instancia."

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de don Teodosio recurso de casación, que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía tuvo por preparado mediante Auto de 17 de abril de 2017 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 21 de julio de 2017, cuya parte dispositiva dice literalmente:

"Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de don Teodosio contra la sentencia de 26 de enero de 2017 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso de apelación núm. 539/2015.

Segundo. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

*Si la percepción por parte de los empleados públicos de complementos específicos, o concepto equiparable, que incluyan, entre los componentes que remuneran, el factor de incompatibilidad impide, en todo caso y con independencia de la cuantía de aquellas retribuciones complementarias, reconocerles la compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas.*

*O si, por el contrario, podrá otorgarse aquel derecho, aun remunerándose también el factor de incompatibilidad en esas retribuciones complementarias, cuando la cuantía de éstas no supere el 30 por 100 de las retribuciones básicas, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.*

Tercero. Identificar como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación el artículo 16, apartados 1 y 4, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 24 b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público [ artículo 24 b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público].

Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto. Y

Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto. "

**CUARTO.-** Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 1 de septiembre de 2017, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el procurador don Víctor Manuel Roldán López, en representación de don Teodosio por escrito de fecha 26 de julio de 2017, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: "[...] dicte resolución por la que, estimando el Recurso, case y anule la Sentencia objeto del mismo, conforme a los términos interesados por esta parte en el presente escrito de interposición de recurso."

**QUINTO.-** Por providencia de 16 de octubre de 2017, se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectuó la Letrada de la Junta de Andalucía en escrito de fecha 21 de diciembre de 2017, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, termina suplicando se desestime el recurso de casación.

**SEXTO.-** De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 29 de julio de 2019 se señala este recurso para votación y fallo el día 12 de noviembre de 2019, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

**SÉPTIMO.-** En la fecha acordada, 12 de noviembre de 2019, ha tenido lugar la deliberación del presente recurso, continuando la misma los días 19 y 26 de noviembre en que se ha procedido a su votación y fallo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Planteamiento del recurso y sentencia de instancia.*

La representación procesal de don Teodosio interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla el 26 de enero de 2017 (recurso de apelación núm. 539/2015), que estima el recurso de apelación respecto de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Sevilla el 27 de julio de 2015 (procedimiento abreviado núm. 461/2014).

La sentencia del juzgado había estimado la demanda contra la resolución de 3 de junio de 2014 de la Secretaria General para la Administración Pública de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía desestimó el recurso de reposición interpuesto por don Teodosio, Técnico de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (en adelante Agencia IDEA) --Agencia Empresarial de las previstas en el artículo 54 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía adscrita a la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo-- contra la resolución de 25 de febrero de 2014, que declaró no haber lugar al reconocimiento de la compatibilidad solicitada.

Había entendido la resolución administrativa que el recurrente percibía el complemento de puesto de trabajo previsto en el artículo 36 del convenio colectivo de aplicación al personal de la Agencia IDEA (resolución de 10 de febrero de 2000, BOJA de 29/2/2000), destinado a retribuir, entre otros factores, la incompatibilidad del puesto de trabajo, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, no podía autorizarse o reconocerse la compatibilidad.

La sentencia (completa en cendoj Roj: STSJ AND 2430/2017 - ECLI:ES:TSJAND:2017:2430) identifica en su fundamento PRIMERO el recurso de apelación mientras en el SEGUNDO recoge los argumentos esenciales de una y otra parte y tras reproducir el artículo 16 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas en su

redacción original y en la aplicable al caso concluye lo siguiente .." *Por lo que la percepción de complemento específico por importe superior al establecido en el apartado 4 para la autorización de compatibilidad, impide obtener la misma. "*

**SEGUNDO.-** La cuestión sometida a interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia por elATS de 21 de julio de 2017 es la siguiente:

" Si la percepción por parte de los empleados públicos de complementos específicos, o concepto equiparable, que incluyan, entre los componentes que remuneran, el factor de incompatibilidad impide, en todo caso y con independencia de la cuantía de aquellas retribuciones complementarias, reconocerles la compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas.

O si, por el contrario, podrá otorgarse aquel derecho, aun remunerándose también el factor de incompatibilidad en esas retribuciones complementarias, cuando la cuantía de éstas no supere el 30 por 100 de las retribuciones básicas, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad."

Identifica como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 16, apartados 1 y 4, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 24 b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público [ artículo 24 b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público].

**TERCERO.-** El recurso de casación de don Teodosio.

Parte del artículo 16 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Sostiene que no procede equiparar el complemento establecido en el Convenio Colectivo de la Agencia IDEA, con el complemento de puesto específico de los funcionarios, ya que este lo que viene a retribuir es la exclusividad, de ahí la confusión en la que incurre la sentencia impugnada.

Apoya su argumento en el artículo 36.3 del Convenio Colectivo de IDEA que es de redacción análoga al artículo 24 b) del Estatuto Básico del Empleado Público el cual declara lo que retribuye el complemento específico de los funcionarios en términos similares del aún vigente artículo 23.3 b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública ( disposición final cuarta.2 de la Ley 7/2007, de 11 de abril).

Indica que las retribuciones del recurrente excluyendo la antigüedad (trienios) son: salario base 28.769,65 €/anuales, más dos pagas extraordinarias por un total de 4.794,94 €/anuales, mientras que su complemento de puesto de trabajo es de 6.358,21 € anuales. Recalca que las retribuciones básicas del recurrente ascienden a la cantidad de 33.564,59 €/anuales (28.769,65 €/anuales+4.794,94 €/anuales), y el 30% de estas (33.564,59) asciende a la suma de 10.069,38 €/anuales, con lo que las retribuciones se sitúan en 3.711,17 €/ por debajo del 30% de sus retribuciones básicas excluida la antigüedad, lo que determina la aplicación del artículo 16.4 de la Ley de incompatibilidades, y por ello, le hace acreedor a la compatibilidad que viene instando.

Señala que la Junta de Andalucía no objeta que la cuantía del complemento de puesto de trabajo, supere en su cuantía el 30% de su retribución básica, y no percibir ningún otro complemento, bien conceptualmente o bien por su cuantía supere el umbral establecido por el artículo 16.4 de la Ley, dado que el meritado precepto no establece ningún tipo de objeción u obstáculo para el reconocimiento de compatibilidad.

Recalca que al solicitar ejercer su actividad privada fuera de su jornada de trabajo, es por lo que tiene que tener cabida la pretensión que se hace y que, se une a la Doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 192/2003, de 27 de Octubre que establece que "...limitar el tiempo libre del trabajador, supone una limitación a su dignidad personal y una limitación de su capacidad de

*autodeterminación, con vulneración del Art. 10.1 de la CE...*" con lo que una aplicación restrictiva de los preceptos invocados supondría una clara proscripción de lo dispuesto en el Art. 10.1 de la CE, en relación a la Doctrina anterior expresada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La sentencia de la Sala supone, a juicio del recurrente, una interpretación *ultra vires*, con vulneración clara de los preceptos invocados, y en consecuencia, supone generar indefensión en la persona.

**CUARTO.-** *Oposición de la Junta de Andalucía.*

Razona que basta una lectura de la Resolución inicial de 25 de febrero de 2014 denegatoria de la compatibilidad, así como de la Resolución al recurso de reposición de 3 de junio de 2014, para confirmar que la causa de la denegación ha sido siempre la inaplicabilidad de la excepción prevista en el artículo 16.4 de la Ley 53/1984 de incompatibilidades, toda vez que el tenor literal del artículo 16.1 establece la imposibilidad de reconocer compatibilidad al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tenga derecho a percibir del apartado b) del artículo 24 del EBEP, incluyan el factor de incompatibilidad, y que esto, precisamente, era lo acontecido con el ahora recurrente, que percibía el complemento previsto en el Convenio Colectivo que le resultaba de aplicación, en el artículo 36.3 del mismo, donde expresamente se retribuye, entre otros factores, expresamente, decimos, el de incompatibilidad.

Subraya que el recurrente es personal laboral de una Agencia de la Junta de Andalucía, la Agencia IDEA, y que está sujeto a un concreto Convenio Colectivo, publicado en BOJA n.º 25 de 29 de febrero de 2000.

Dicho Convenio, en su artículo 36, contempla una determinada estructura salarial, y así al margen del salario base, al que se refiere el artículo 35 de dicho Convenio, tenemos los siguientes complementos salariales: Antigüedad, Pagas extraordinarias, Complemento de Puesto de Trabajo, Complemento de dedicación, Plus de actividad, Complementos de permanencia, Horas extraordinarias.

Defiende que si se lee lo previsto para el complemento de puesto de trabajo, se ve que se retribuye, entre otros factores, la INCOMPATIBILIDAD (en mayúsculas en el escrito). Por lo que al margen de la denominación que se le dé (complemento específico o concepto equiparable), al recurrente le retribuye, expresamente por el factor INCOMPATIBILIDAD, sin perjuicio de retribuirse por otros factores.

Valora que una interpretación contraria desnaturalizaría la finalidad deontológica del precepto y la finalidad del régimen de incompatibilidades, ya que se trata de fijar una excepción, que siempre ha de ser entendida en términos restrictivos. Deben incluirse todos aquellos conceptos que retribuyen las especiales circunstancias de la prestación del trabajo, al margen de las consideradas como retribuciones básicas.

**QUINTO.-** *La legislación aplicable tomada en consideración en el auto de admisión del recurso. El artículo 16 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas . El artículo 24 b) del Estatuto Básico del Empleado Público y su entrada en vigor.*

i) El artículo 16 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas:

"1. 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 (...).

4. Asimismo, por excepción (...) 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."

Este último apartado fue declarado no contrario a la Constitución en STC 67/2002, de 21 de marzo.

ii) El artículo 24 b) del Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP, tanto en su redacción originaria de la Ley 7/2007, de 12 de abril como en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre que aprueba su Texto Refundido, TREBEP, inserto en el capítulo III del Título III, dispone que el complemento específico de los funcionarios retribuye:

"La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo, o las condiciones en el que se desarrolla el trabajo"

iii) Disposición final cuarta. Entrada en vigor del EBEP.

"1. Lo establecido en los capítulos II y III del título III, excepto el artículo 25.2, y en el capítulo III del título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

*La disposición final tercera del presente Estatuto 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. Hasta que se hagan efectivos esos supuestos la autorización o denegación de compatibilidades continuará rigiéndose por la actual normativa.*

2. Hasta que se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto."

iv) El artículo 23.3 b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, derogado por la Disposición Derogatoria de la Ley 7/2007, de 12 de abril, cuyo tenor reproduce el art. 46 3 b) de la Ley 6/1985, de ordenación de la función pública de la Junta de Andalucía:

"El complemento específico destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad"

v) El art. 36. Relativo a los complementos salariales del Convenio Colectivo de la Agencia IDEA, en la que presta sus servicios el recurrente, en su apartado 3 relativo a los complementos de trabajo señala que:

"Es el destinado a retribuir la especial dificultad técnica, responsabilidad, confidencialidad, disponibilidad, riesgo, nivel de representatividad, incompatibilidad según la legislación vigente, y la realización de la jornada laboral en régimen de jornada partida que comportan determinados puestos de trabajo."

La normativa anterior ha de engarzarse con la doctrina constitucional sobre la cuestión. Así la STC 73/1997, de 11 de abril, en su FJ 3 recordó lo dicho en la STC 172/1996 sobre que " *las incompatibilidades de los funcionarios públicos tienden a garantizar su objetividad de actuación, en evitación de relaciones de dependencia perturbadoras, así como su eficacia, procurando la máxima dedicación a las funciones propias de su empleo o cargo, características aquella y esta predicables constitucionalmente de la actividad de las Administraciones públicas y, por tanto exigible también de sus servidores( art. 103.CE )*".

Y esta Sala en su STS de 22 de diciembre de 2014, recurso de casación 2174/2013, dictada en el marco de la extensión de efectos de una sentencia consideró para efectuar su pronunciamiento de compatibilidad o no que la circunstancia de la cuantía de los complementos específicos percibidos no

era 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.

**SEXTO.-** Otra normativa no invocada en sede casacional ni en el Auto de Admisión mas relevante en el momento presente: La reducción del complemento específico en el Estado y en alguna Comunidad Autónoma. *Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio y Ley 2/2015, de Empleo público de Galicia. Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el procedimiento para la reducción, a petición propia, del complemento específico de los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los Subgrupos C1, C2 y E y se autoriza la superación, para el personal al servicio de la Administración General del Estado, del límite previsto en el artículo 7.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.*

**i) Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el procedimiento para la reducción, a petición propia, del complemento específico de los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los Subgrupos C1, C2 y E y se autoriza la superación, para el personal al servicio de la Administración General del Estado, del límite previsto en el artículo 7.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas publicado por Resolución de 20 de diciembre de 2011, de la Secretaria de Estado para la función Pública en el BOE 23 de diciembre de 2011.**

"El artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas determina que, sin perjuicio de las limitaciones establecidas en los artículos 1.3, 11, 12 y 13 de la misma sólo se puede reconocer la 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 % de sus retribuciones básicas, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

El tiempo transcurrido desde dicha disposición, las necesidades organizativas actuales y la modificación de las situaciones retributivas de los funcionarios públicos, han llevado a que en la actualidad la mayoría de los funcionarios de la Administración General del Estado, incluidos los de los subgrupos C1, C2 y E, superen el límite que establece el artículo citado. En este contexto, y manteniendo la aplicación de los límites establecidos en la misma Ley 53/1984, procede establecer un procedimiento que permita la reducción de las cuantías correspondientes al complemento específico posibilitando así la compatibilidad sin menoscabo de las obligaciones propias del servicio.

/..

Primero. 1. Los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los Subgrupos C1, C2 y E incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, podrán solicitar ante las órganos y unidades de personal con competencias en materia de personal de los Departamentos, Organismos Autónomos y Entidades Gestoras de la Seguridad Social en los que estén destinados, la reducción del importe del complemento específico correspondiente al puesto que desempeñan al objeto de adecuarlo al porcentaje al que se refiere el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas."

**ii) Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio. Disposición adicional quinta . Posibilidad de que los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los Subgrupos A1 y A2 soliciten la reducción, a petición propia, del complemento específico.**

"1 . Los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los Subgrupos A1 y A2, incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, podrán solicitar ante las órganos y unidades de personal con competencias en materia de personal de los Departamentos, Organismos Autónomos y Entidades gestoras de la Seguridad Social en los que estén destinados la

*reducción del importe del complemento específico correspondiente al puesto que desempeñan al objeto de adecuarlo al porcentaje al que se refiere el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas .*

2. Se excluye de esta posibilidad a los funcionarios que ocupen puestos en Gabinetes de miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado, a los que desempeñen puestos que tengan asignado complemento de destino de nivel 30 y 29."

**iii) Ley 2/2015 de empleo público de Galicia. Disposición transitoria novena . **Complemento específico y reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas mientras no se introduzca el complemento de puesto de trabajo.****

"1. En tanto no se introduzca el complemento retributivo de puesto de trabajo previsto por la presente ley, todas las referencias a este último se entenderán hechas al complemento específico existente a la entrada en vigor de la misma, destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo.

/..

*2. En tanto no se produzca la sustitución del complemento específico mencionado en el apartado anterior por el complemento de puesto de trabajo previsto por la presente ley, podrá reconocerse, conforme a lo dispuesto en la normativa sobre incompatibilidades que resulte de aplicación, compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complemento específico o concepto equiparable, siempre que su cuantía no supere el treinta por ciento de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.*

En el supuesto de que la cuantía de tal complemento supere el treinta por ciento referido, podrá concederse la compatibilidad siempre y cuando la persona interesada renuncie a la percepción del complemento específico o concepto equivalente."

La disposición, con rango de Ley, Real Decreto-Ley y el Acuerdo del Consejo de Ministros que acabamos de reflejar muestran que, en el ámbito estatal, luego seguido por la Comunidad Autónoma de Galicia, con norma de Función Pública posterior al EBEP- lo que no es el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuya Ley de la Función Pública data de 1985 y no consta hubiera desarrollado la posibilidad de solicitar la reducción del complemento específico- , se ha abierto camino la tendencia de permitir la compatibilidad de los funcionarios cuyos complementos específicos superen el 30% de las retribuciones básicas siempre que se reduzca los complementos específicos. Se apoya, según dicen Acuerdo y Real Decreto-Ley en el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Ley de Incompatibilidades, 26 de diciembre de 1984, las necesidades organizativas actuales y la modificación de las situaciones retributivas de los funcionarios públicos que por razón del incremento de las retribuciones complementarias, y no el sueldo base, ha llevado a la superación del límite incluido en el art. 16.4 de la Ley incluso para los subgrupos C1,C2 y E.

**SÉPTIMO.-** *Otra normativa sobre funcionarios no tomada en cuenta en el Auto de admisión que muestra la evolución de la regulación de los complementos. El RD 950/2005, de 29 de julio de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y su previsión de modificación de "lege ferenda".*

i) Art. 4B) RD 950/2005, de 29 de julio.

"B) Complemento específico.

a) El complemento específico remunerará el riesgo, dedicación y demás peculiaridades que implica la función policial, de acuerdo con las previsiones contenidas en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de

Medidas para la Reforma de la Función Pública, y en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

b) El complemento específico estará integrado por los siguientes componentes:

1.º El componente general, que se percibe en función del correspondiente empleo o categoría que se tenga, y que se aplicará al Cuerpo de la Guardia Civil y al Cuerpo Nacional de Policía en los importes que, para cada empleo y categoría, se fijan en el anexo III.

2.º El componente singular, que está destinado a retribuir las condiciones particulares o singulares de algunos puestos de trabajo, en atención a su especial dificultad técnica, responsabilidad, peligrosidad o penosidad, en las cuantías que, a propuesta del Ministerio del Interior, se autoricen conjuntamente por los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas, a través de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones."

## **ii) Proyecto de Real Decreto ./2019, de..., sobre el régimen de incompatibilidades de la Guardia Civil ( [w.interior.gob.es](http://w.interior.gob.es)>16\_2019)**

En su Preámbulo indica que:

"Como novedad más destacada se determina que el componente singular del complemento específico de la retribuciones de los guardias civiles será el concepto retributivo que se utilizará para el cálculo del treinta por ciento sobre el global de la retribuciones básicas, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad, de conformidad con lo recogido en el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre y la Disposición adicional duodécima de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carreta militar."

Lo cual plasma en el proyectado art. 11. Complemento específico.

"1. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, y en el artículo 4 del Real Decreto 950/2005, de 29 de julio, de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sólo podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas a aquellos guardias civiles titulares de un puesto de trabajo cuyo componente singular del complemento específico no supere el 30% de sus retribuciones básicas, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad; todo ello sin perjuicio de las demás limitaciones recogidas en este real decreto,

2. No obstante, cuando se superen los límites establecidos en el apartado anterior, el interesado deberá aportar en su solicitud petición expresa de reducción del componente singular del complemento específico en la cuantía necesaria al objeto de no superar dicho límite."

Observamos, tanto en la normativa vigente, *lege data*, como en la proyectada, *lege ferenda*, relativa a un cuerpo de funcionarios con regulación específica como es el Cuerpo de la Guardia Civil - a un miembro del cual se refiere la STS de 22 de diciembre de 2014, casación 2174/2013 más arriba mencionada- la existencia de una terminología distinta en el complemento específico, al referirse al componente general y componente singular. Lo significativo es que, puede que en un futuro, parece que solo se tomara en cuenta el componente singular a efecto de la concesión o no de la compatibilidad a efectos del cómputo del 30% establecido en el art. 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre. Aun siendo un proyecto muestra una línea.

**OCTAVO.-** *La invocación por el recurrente de la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en la STC 192/2003, de 27 de octubre .*

La doctrina esgrimida por el recurrente concierne a un trabajador asalariado no a un empleado público, personal funcionario, personal eventual o personal laboral, cuando afirma que en su fundamento séptimo:

"La concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la

reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, para lo que importa ahora, la cláusula legal de la buena fe".

Lo anterior se refiere al periodo vacacional mas podría resultar extrapolable al tiempo libre fuera de la jornada ordinaria de trabajo.

Mas la cuestión que aquí interesa es que el recurrente no es un asalariado sometido exclusivamente a la regulación del régimen laboral común (Convenio Colectivo de IDEA). Es un Empleado Público afectado por lo que suele denominarse una relación de sujeción especial regulada en normativa específica que también disciplina sobre la compatibilidad de actividades fuera de la jornada laboral ( art. 70 Ley 9/2007, de 22 de octubre de Administración de la Junta de Andalucía).

No conviene olvidar que, a las relaciones de supremacía especial, como la de funcionarios, se refiere a STC 177/1999, de 11 de octubre, mientras la STC 132/2001, de 8 de junio, dice que:

"Es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico-administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de "especial sujeción", "de poder especial", o simplemente "especiales". Lo importante ahora es afirmar que la categoría "relación especial de sujeción" no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos."

Esa especificidad en el ámbito andaluz se observa en el Acuerdo de 17 de julio de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo Marco de 13 de julio de 2018, de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, para la mejora de la calidad del empleo público y de las condiciones de trabajo del personal del sector público andaluz ( BOJA 20 de julio 2018) recuperando la jornada laboral de treinta y cinco horas que había sido eliminada como consecuencia de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 que impuso una jornada ordinaria mínima de treinta y siete horas y media semanales, como medida de carácter económico y de contención del gasto público.

Mientras en el Art. 34 del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

"La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo. La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual."

**NOVENO.-** *La posición de la Sala.*

Ya hemos dejado más arriba constancia de la regulación de las incompatibilidades y los complementos específicos y de la concepción restrictiva del Tribunal Constitucional en el sector público.

Asimismo, hemos puesto de relieve la existencia de una norma estatal, el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio que incide en la Ley 53/1984 así como del Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de diciembre de 2011 de tenor similar y de una ley autonómica, la 2/2015, de Galicia posterior al EBEP lo que no es el caso de la Ley 6/1985 de la Junta de Andalucía.

También hemos reflejado que el Proyecto de Real Decreto sobre el régimen de incompatibilidades del personal de la Guardia Civil se suma a la posibilidad de reducción del complemento específico

iniciado por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de diciembre de 2011. Asimismo, es significativo que dicho proyecto pretende deslindar el componente singular del general en el complemento específico en el ámbito de la compatibilidad o no para el ejercicio de actividades privadas.

Lo anterior es relevante en razón de la terminología usada bajo el paraguas del complemento específico al que también hace mención la Ley 53/1984, de Incompatibilidades para el caso de superar en un 30 % las retribuciones básicas excluida la antigüedad y el art. 24 b) del EBEP/TREBEP, *especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo, o las condiciones en el que se desarrolla el trabajo*: así como la regulación legal autonómica andaluza aquí concernida: *especial dificultad técnica, dedicación, dedicación, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad* y el Convenio aplicable "especial dificultad técnica, responsabilidad, confidencialidad, disponibilidad, riesgo, nivel de representatividad, incompatibilidad según la legislación vigente, y la realización de la jornada laboral en régimen de jornada partida que comportan determinados puestos de trabajo."

Resulta patente que los distintos términos no son exactamente homogéneos entre sí. No es lo mismo "especial dificultad técnica" que "incompatibilidad exigible para el desempeño de determinado puesto de trabajo" o "las condiciones en el que se desarrolla el trabajo" o "nivel de representatividad". La asignación de un complemento específico por un motivo concreto ha de identificar su razón de ser en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo para poder ser calificado como factor de incompatibilidad.

El artículo 74 del texto refundido de la ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre establece que las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos.

Por su parte el art. 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma de la Función Pública dice que las relaciones de puestos de trabajo indicarán, en todo caso, la denominación, tipo y sistema de provisión de los mismos; los requisitos exigidos para su desempeño; el nivel de complemento de destino y, en su caso, el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario, o la categoría profesional y régimen jurídico aplicable cuando sean desempeñados por personal laboral.

**DÉCIMO.-** *La doctrina anterior en el caso de autos. Estimación del recurso de casación y del recurso contencioso-administrativo.*

Aquí se desconoce si se retribuye expresamente el factor incompatibilidad por no denominarse así las retribuciones complementarias "puesto de trabajo" que figura en las varias nóminas (enero a junio 2014, enero a abril 2015) que acompañan al expediente administrativo y no existir otra justificación en los autos.

No debe olvidarse que en el ámbito concreto de la Junta de Andalucía rige el Decreto 390/1986, de 10 de diciembre de elaboración y aplicación de la relación de puestos de trabajo cuyo art. 4 dice, en lo que aquí interesa, que:

"1. En cada puesto de trabajo figurarán los siguientes datos ./... h) Nivel de complemento de destino en que ha sido clasificado y i) Complemento específico, con indicación de los factores que se retribuyen con el mismo y su valoración resultante. 3. Tratándose de personal laboral deberá figurar el complemento de puesto de trabajo, con indicación de los factores que se retribuyen con el mismo, valoración resultante y categoría en que ha sido clasificado."

Por ello la Orden de 28 de junio de 1996, por la que se establece el modelo de presentación de la relación de puestos de trabajo de la Junta de Andalucía indica las claves de los factores del complemento específico, I= Incompatibilidad, R,=Especial responsabilidad; P= Penosidad/Peligrosidad; F=Especial Dificultad Técnica, D=dedicación.

Debe atenderse también al art. 70. Personal de las agencias públicas empresariales de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía que dice:

"1. El personal de las agencias públicas empresariales se rige en todo caso por el Derecho Laboral, así como por lo que le sea de aplicación en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público."

Y ya dejamos constancia en el fundamento tercero que los complementos específicos previstos en el convenio Colectivo de IDEA son un trasunto de lo establecido inicialmente en la Ley 30/1984 y actualmente en el EBEP razón por la que, también en el ámbito laboral, debe especificarse la razón de ser del concepto que se retribuye dada la ausencia de homogeneidad de los factores.

No existen elementos para concluir que el complemento "puesto de trabajo" percibido por el recurrente (en jornada de verano de 8 a 15 horas y en invierno la misma más una tarde, a elegir entre lunes o martes de 16,30 a 19 horas) lo sea por "incompatibilidad". No consta así ni en las nóminas que ha acompañado, ni lo indica el certificado de la Agencia emitido el 7 de julio 2014 a petición del interesado, en que figura la percepción de tal complemento, 6.358, 21 euros anuales más otro de dedicación de 5.237,68 euros que según el punto 3 del art. 36 del convenio es el destinado a retribuir la especial dedicación de los trabajadores que ocupen puestos de trabajo que tengan asignados complementos de puesto de trabajo y de permanencia.

La Ley 6/1985, ordenación de la función pública de la Junta de Andalucía, veta en su art. 46.3.b) la asignación de más de un complemento específico, tal cual hacia la Ley 30/1984, en su art. 23.3. b).

Y al no constar que la retribución lo fuere expresamente por incompatibilidad y ser incuestionable que la retribución por puesto de trabajo no supera el umbral del 30% de las retribuciones básicas procede anular la sentencia de la Sala de Andalucía y por ende el acto impugnado en el recurso contencioso administrativo condenando a la administración a autorizar la compatibilidad solicitada para ejercer actividades propias de Ingeniera Agraria y Forestal fuera de la jornada laboral y en el tiempo libre del solicitante.

#### **UNDÉCIMO.-** *La respuesta a la cuestión casacional*

A la vista de lo establecido en la Ley 53/1984 la *percepción por parte de los empleados públicos de complementos específicos, o concepto equiparable, que incluyan expresamente entre los componentes que remuneran, el factor de incompatibilidad impide, en todo caso y con independencia de la cuantía de aquellas retribuciones complementarias, reconocerles la compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas,*

*Puede otorgarse el derecho a la compatibilidad cuando la cuantía de las retribuciones complementarias no supere el 30 por 100 de las retribuciones básicas, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad y de superarse debe estarse a lo establecido en el Real Decreto Ley 20/2012 de 13 de julio y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011 en el ámbito de la Administración General del Estado y lo que puedan establecer leyes de función pública autonómica.*

#### **DUODÉCIMO-** *Costas*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en relación con el artículo 93 LJCA, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Se mantienen los pronunciamientos de primera instancia y de la Sala en apelación sin condena en

costas a ninguna de las partes intervinientes.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Ha lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal de don Teodosio, contra la sentencia de 26 de enero de 2017, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso de apelación núm. 539/2015 que se declara nula.

2. Se estima el recurso contencioso administrativo deducido por don Teodosio contra la resolución de 3 junio de 2014 de la Secretaria General Técnica de la Junta de Andalucía que desestima el recurso de reposición contra la resolución de 25 de febrero de 2014 que denegó la compatibilidad solicitada por lo que se anula el acto impugnado condenando a la administración a autorizar la compatibilidad solicitada para ejercer actividades propias de Ingeniera Agraria y Forestal fuera de la jornada laboral y en el tiempo libre del solicitante.

3. Se fija como doctrina la expresada en el penúltimo fundamento.

4. En cuanto a las costas estése al último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.