



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Relaciones Laborales
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2014/2015
Convocatoria: Junio 2015

Régimen de incompatibilidades y sistema retributivo: especial
referencia al complemento específico
The Spanish system of incompatibilities and the compensation system:
a reference to the specific allowance

Realizado por el alumno D. Natalia Pérez Fariña

Tutorizado por el Profesor D. Claudia Hernández López

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Administrativo

ABSTRACT

The Spanish system of incompatibilities, as related under Law 53/1984, is aimed at guarantying the neutrality and impartiality of public employees. This regime, which has been endorsed by de Constitutional Court, shows particular rigidity towards public administration employees exercise a second activity, especially if this is a private one. The Agreement of the Council of Ministers of December 16, 2011 and the fifth additional provision in the Royal Decree-Law 20/2012 have brought a revolution in this area, and opened the look to new fields that, up never now, had been forbidden to the public employees. Since entry into force of this legislation, public officials from the State Central Administration are able to request a reduction of their specific allowance in order to achieve compatibility with another activity.

RESUMEN

El sistema de incompatibilidades regulado en la Ley 53/1984 tiene por objeto garantizar la imparcialidad y la neutralidad de los empleados públicos. Este régimen que ha sido avalado por el Tribunal Constitucional, muestra una especial rigidez para el desempeño de una segunda actividad por parte de los trabajadores de la Administración, en especial si esta es privada. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011 y la Disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 20/2012 han supuesto una revolución en este ámbito. Se

ha flexibilizado el sistema y se han abierto las miradas a un terreno, que hasta el momento, había sido limitado a los empleados públicos. Desde la entrada en vigor de esta normativa, los funcionarios de la Administración General del Estado pueden solicitar la reducción del complemento específico con el fin de compatibilizar su empleo en la Administración con otra actividad.

Índice

| | |
|--|----|
| 1. Introducción..... | 5 |
| 2. Evolución histórica: el caso de la incompatibilidad con una actividad privada..... | 7 |
| 3. Configuración actual..... | 11 |
| 3.1. Ley 53/1984, de 26 de noviembre: incidencia del régimen de incompatibilidades en el complemento específico..... | 11 |
| 3.2. La rigidez del régimen de incompatibilidades..... | 14 |
| 4. Sistema retributivo e incompatibilidades..... | 19 |
| 4.1. Cuestiones generales..... | 19 |
| 4.2. El complemento específico..... | 21 |
| 4.2.1. El factor de incompatibilidad como elemento que compone el complemento específico..... | 21 |
| 4.2.2. El artículo 16.1 de la Ley 53/1984 tras el LEBEP..... | 24 |
| 5. Flexibilización del régimen de incompatibilidades.. | 26 |
| 5.1. Punto de partida: el caso del personal sanitario..... | 26 |
| 5.2. La reducción del complemento específico como mecanismo para reconocer la compatibilidad. | 27 |
| 5.3. Jurisprudencia sobre la solicitud de reducción del complemento específico. | 30 |
| 6. Conclusión. | 34 |
| Bibliografía..... | 36 |

1. Introducción.

La conformación de un régimen de incompatibilidades ha sido la principal herramienta que se ha utilizado para asegurar la imparcialidad y la neutralidad de los empleados públicos. El establecimiento de este sistema ha venido a regular lo previsto en el artículo 103 del Constitución Española (CE) en el que se le encomienda a la Administración el servicio objetivo a los intereses generales. Este mandato constitucional es el principal motivo por el que se debe garantizar el ejercicio neutral e imparcial de las funciones de los empleados públicos. Éstos, como parte esencial del aparato administrativo, están obligados a realizar de manera eficaz su trabajo y con dedicación exclusiva que demuestre máxima ejemplaridad a los ciudadanos. La Ley 53/1984 de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, aún vigente, ha sido la norma que ha cumplido el mandato del 103 de la CE.

Desde el punto de vista de la Administración se observa que este sistema se presenta como una figura válida para garantizar estas exigencias constitucionales, pero ocurre que desde la posición de los empleados, el régimen de incompatibilidades podría suponer un límite demasiado alto para el ejercicio de algunos derechos reconocidos en la CE. La jurisprudencia ha ido modulando las características de este régimen, mostrando una tendencia rígida en cuanto al reconocimiento de la compatibilidad con una segunda actividad.

El empleado público se debe a la dedicación exclusiva en su puesto de trabajo, pero siempre que esté dentro de los márgenes de la Ley 53/1984, podrá solicitar la autorización de compatibilidad tanto para desempeñar un puesto público, como para uno privado. Este trabajo analiza la importancia del complemento específico en el régimen de incompatibilidades, como elemento primordial de la incompatibilidad absoluta para el ejercicio de una actividad privada.

A pesar de los intentos que han habido de modificar el régimen de incompatibilidades, la ley de 1984 continúa vigente y sólo algunos artículos han sido modificados. Uno de ellos ha sido la relativización de la incompatibilidad absoluta del artículo 16 en cuanto a la totalidad de la percepción del complemento específico, que permitió que aquellos empleados públicos cuyo complemento fuera inferior al 30% de las retribuciones básicas excluida la antigüedad, podrían compatibilizar una actividad privada, siempre que no incurrieran en algunas de las causas de incompatibilidad previstas en la normativa. De esta manera, comenzó a flexibilizarse el sistema hasta

llegar al Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011, que ha supuesto un giro revolucionario en esta materia. A partir de este momento es posible que los funcionarios de la Administración General del Estado soliciten la reducción del complemento específico para adecuarse a la norma y así posibilitar la compatibilidad con el trabajo privado. Esto ha supuesto una auténtica novedad, porque a excepción del personal sanitario, no se había observado autorización semejante.

2. Evolución histórica: el caso de la incompatibilidad con una actividad privada.

El origen del régimen de incompatibilidades surge desde el mismo momento histórico en el que se pretende centralizar toda la actividad del Estado y su poder en un sólo aparato administrativo a través del funcionariado. Este procedimiento tiene su arranque en la Edad Moderna, después de una época, como la Edad Media, en donde existía una notable disgregación del Estado en todos sus niveles organizativos. El surgimiento de este colectivo, que asumió el puesto medieval de los señores feudales en la Administración, dio lugar a una serie de problemas que subsisten en la actualidad y que el Estado ha querido regular a través de diferentes estrategias entre las que destaca la configuración de un régimen de incompatibilidades¹.

En efecto, a lo largo de la historia de la Administración Pública en España se ha producido una tendencia a la defensa del carácter absorbente de la actividad de los funcionarios respecto de sus funciones, con el fin de garantizar su neutralidad e imparcialidad. Esta tendencia se encuentra notablemente marcada cuando lo que se pretende es limitar el ejercicio de otros quehaceres privados. Así se pudo observar en una Real Orden de 25 de abril de 1877² en la que se recomendaba a los Ministros vigilar las actividades privadas de sus subordinados, en un intento de evitar la evasión de impuestos, así como las influencias que menoscabaran el ejercicio de sus funciones.

A medida que la Administración empezó a intervenir cada vez más en la esfera privada de los ciudadanos, fue haciéndose necesaria la regulación de la actividad que desarrollaban sus funcionarios. De esta manera, se fomentó la imparcialidad y la neutralidad en el ejercicio de las labores de sus empleados públicos. Las primeras muestras de estas medidas se dan en la primera mitad del siglo XX³, pero aparece de

¹ Estas dificultades son: a) búsqueda de la primacía del interés orgánico sobre el personal a través de la neutralidad; b) Distribución de las competencias de forma racional por medio de la eficacia y la celeridad; c) determinación de la igualdad; d) búsqueda de la coherencia en la organización y el funcionamiento; e) establecimiento de méritos para la selección, reglas sobre la situación de los funcionarios, derechos y obligaciones de los mismos, etc., f) gratificación a través de la inamovilidad de carreras, destinos, etc. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A.; “Las incompatibilidades de los funcionarios públicos”, *Presupuesto y gasto público*, nº 21, 1984, p. 114.

² Gaceta de Madrid, nº 134.

³ El Real Decreto de 12 de octubre de 1923 trató las incompatibilidades propias de las autoridades, constituyéndose como la primera manifestación más o menos sólida de regulación de este tema. Posteriormente se publicó el Decreto-ley de 24 de diciembre de 1928 que introdujo alguna modificación y más adelante las Leyes de 8 de abril de 1933 y 7 de diciembre de 1934 que sirvieron de base al Decreto-ley de 13 de mayo de 1955.

manera vaga y fraccionada. Serían Ley de 15 de julio de 1954⁴ y el posterior Decreto-ley de 13 de mayo de 1955⁵ las que centralizarían la materia.

Este Decreto-ley estableció las situaciones de incompatibilidades de los altos cargos y también de los empleados públicos de menor escalafón. Aunque intentó ser unificadora de la materia, no lo consiguió debido a que quedaron vigentes las regulaciones específicas al respecto en cada uno de los estatutos de los cuerpos o carreras de la Administración General del Estado. Esto dio lugar a un sistema disperso e incompleto.

En la primera parte de la norma se estableció una relación de las situaciones que prohibían el ejercicio de una segunda actividad con las funciones de los altos cargos, así como sus consecuencias en el caso de seguir manteniéndolas. En la segunda se estipularon las incompatibilidades del resto de empleados al servicio de la Administración, pero éstas no estaban descritas con el mismo detalle de las anteriores, dejando espacio para la decisión valorativa de los competentes en la declaración de incompatibilidad. En un principio se dispuso la prohibición de compaginar las labores públicas con cualquier otra profesión, salvo que por el Jefe de la oficina, que era el responsable de esta declaración, se afirmase que no se perjudicaba el servicio⁶. Estas incompatibilidades no sólo tenían que ver con la intervención del empleado público en sus actividades públicas, sino que también se describieron situaciones de incompatibilidad física. Se prohibió así, el ejercicio de trabajos privados cuando éstos implicaran incumplimiento en los deberes de residencia⁷. A pesar de este primer intento de configurar un sistema más o menos restrictivo, el Decreto-ley no pareció contener un especial interés en marcar las consecuencias ante posibles incompatibilidades. Tal es así que no se contempló expresamente ningún esquema coercitivo en cuanto a estas situaciones, sino que la norma dejó un margen de confianza a sus empleados públicos declarando que: *“la recta conducta de los empleados públicos en la generalidad de los casos, ha hecho y seguirá haciendo innecesarias disposiciones coercitivas en esta materia”*. Esta declaración, sin embargo, no eliminó la obligación de la Administración

⁴ Para mayor información, véase el artículo de Serrano Guirado, “La Ley de 15 de julio de 1954, sobre situaciones de los funcionarios de la Administración civil del Estado”, publicado en la *Revista de Administración pública*, (nº 15, 1954, pp. 237-260).

⁵ BOE núm. 149 de 29 de mayo de 1955.

⁶ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A.; ob. cit., p. 134.

⁷ “d) Que el ejercicio de actividades profesionales o privadas sirva de excusa a los deberes de residencia en localidad determinada, asistencia a la oficina y diligencia, celo y rendimiento exigible a los funcionarios”.

de detectar estas situaciones e incluso prevenirlas, pudiendo imponer infracciones aunque no fueran específicas para este ámbito.

Posteriormente en el Decreto 315/1964 de 7 de febrero, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE), desarrolló el sistema en su artículo 83 y siguientes. Se siguió manteniendo la incompatibilidad absoluta en cuanto al ejercicio de cualquier profesión, pero en esta ocasión la declaración en cuanto si entorpecía o no las funciones públicas, le competía no ya al Jefe de oficina, sino al Subsecretario del Ministerio. La norma expresó de manera clara la necesidad de instrucción de un expediente sobre el caso en concreto y las excepciones al mismo en algunos casos⁸. Aunque pareció que se daba un paso más en la demarcación de este régimen, se continuó con la indeterminación de las actividades que podían compatibilizarse, dejando nuevamente su evaluación a la decisión valorativa del órgano competente. Sólo apareció de manera expresa una nueva consideración al obligar a los empleados públicos a no ostentar la representación, asumir la defensa, ni prestar servicio de perito de otras entidades o particulares o por designación de éstas, en las contiendas en las que el Estado fuera parte ante los Tribunales de Justicia, ni en reclamaciones que se promovieran contra actos administrativos de gestión ante los organismos y Tribunales administrativos dependientes de cualquier Ministerio. De igual manera tampoco podían desempeñar profesionalmente servicio de agencias de negocio o de gestoría administrativa ante las oficinas, locales o centrales, de los departamentos ministeriales⁹. Se mantuvo la incompatibilidad física en cuanto al deber de residencia en el caso del ejercicio de actividades compatibilizadas¹⁰. Esta norma implantó por primera vez un sistema coercitivo específico, destacando con ello la imposición de abrir expedientes sancionadores en el caso de incumplimiento de la normativa. Se instó con más énfasis a la prevención de estas situaciones de ilegalidad¹¹. Existió, por lo tanto, un

⁸ “No será necesaria en principio la instrucción de dicho expediente: a) cuando se trate del ejercicio de la profesión propia del título expedido por la Facultad o Escuela especial que se hubiese exigido al funcionario para el desempeño del cargo; b) cuando la compatibilidad o la incompatibilidad con el ejercicio de la profesión determinada estuviera ya declarada por los preceptos de las leyes, reglamentos u otras disposiciones legales que rijan el Cuerpo o carrera de la Administración o la función pública que les incumbe”. Artículo 83.1 LFCE.

⁹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A.; ob. cit., p. 135.

¹⁰ *El ejercicio por el funcionario de actividades profesionales o privadas compatibles no servirá de excusa al deber de residencia que les sea exigible, a la asistencia a la oficina que requiera su cargo, ni al retraso, negligencia o descuido o informalidad en el desempeño de los asuntos, debiendo ser calificadas y sancionadas las correspondientes faltas conforme a las normas que se contienen en el capítulo VIII del presente título.* Artículo 84 LFCE.

¹¹ “Los Órganos de la Administración Civil del Estado a los que compete la dirección, inspección o jefatura de los respectivos servicios cuidarán de prevenir y, en su caso, corregir las incompatibilidades

intento de endurecer el régimen respecto al Decreto-ley de 1955, pero sigue sin definirse con claridad los límites del sistema, ya que no existió, salvo las que se han nombrado, una relación clara de actividades prohibidas para el ejercicio como segunda actividad del empleado público.

Tras el mandato constitucional del artículo 103.3 de la CE, se aprobó la Ley 20/1982, de 9 de junio, de incompatibilidades en el sector público. Esta normativa incorporó algunas novedades respecto a los textos legales anteriores. Se incluyeron algunas prohibiciones expresas como el asesoramiento a Consejos de Administración de Empresas en aquellas actividades que tuvieran relación con la Entidad pública donde trabajaran el funcionario; la titularidad de conciertos de prestación de servicios que tuvieran relación con su puesto de trabajo y la participación en Sociedades relacionadas con la Administración¹². No hubo cambios en cuanto a la competencia para certificar la compatibilidad con otra actividad, ya que seguía en manos del Subsecretario del Ministerio correspondiente¹³. Asimismo el sistema coercitivo conservó los mismos principios que la LFCE¹⁴, considerándose la situación de incompatibilidad susceptible, según las causas, al encauzamiento en un expediente disciplinario por falta muy grave.

Esta ley intentó unificar el sistema de incompatibilidades, queriendo acabar con la dispersión y el poco desarrollo anterior. Destacó la intención de otorgarle mayor valor al configurar una norma única para este ámbito, respecto de su predecesora, ya que el sistema vigente hasta la entrada de esta ley, estaba integrado en los artículos 83 y siguientes de la LFCE. Aunque tuvo poco tiempo de vigencia, se convirtió en la precursora de la Ley 53/1984, norma sobre el sistema de incompatibilidades que aún sigue vigente.

en que puedan incurrir sus funcionarios, promoviendo, cuando así sea procedente, expediente de sanción disciplinaria. Artículo 85 LFCE.

A estos efectos se calificará de falta grave la incursión voluntaria del funcionario en cualquiera de las incompatibilidades a que se refiere esta Ley, salvo cuando concurran, además, circunstancias que obliguen a calificarla de falta muy grave". Artículo 85 LFCE.

¹² "a) *El asesoramiento o la pertenencia a Consejos de Administración de Empresas privadas siempre que la actividad de las mismas éste directamente relacionada con las que desarrolle el organismo en el que preste sus servicios el funcionario.*

b) *La titularidad individual o compartida de conciertos de prestación continuada o esporádica de servicios, cualquiera que sea la naturaleza de estos, con la Entidad pública en la que el funcionario desempeñe su puesto o cargo.*

c) *La participación superior al diez por ciento en el capital de Sociedades que tengan concierto de prestación de servicios, cualquiera que sea su naturaleza, con la Entidad pública en la que se presta la función pública, así como el trabajo, regular o discontinuo, retribuido o no, sujeto o no a horario, al servicio de la Entidad concertada".* Artículo 11 de Ley 20/1982.

¹³ Véase el artículo 4 de Ley 20/1982.

¹⁴ Véase el artículo 7 de Ley 20/1982.

3. Configuración actual.

3.1. Ley 53/1984: incidencia del régimen de incompatibilidades en el complemento específico.

En la actualidad el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas está regulado por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre y reglamentariamente por el Real Decreto 598/1985¹⁵. Desde entonces no ha habido una norma unificadora de la legislación en materia de personal en el sector público como el LEBEP que se haya ocupado de este tema. Por ello, se ha prologando su vigencia hasta hoy¹⁶.

La Ley 53/1984 nació al amparo del mandato constitucional del artículo 103.3, en el que se establece que una ley determinará, entre otros elementos, un sistema de incompatibilidades que favorezca la imparcialidad de los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones. Se invocan además otros elementos como la consideración del trabajo público como actividad esencialmente exclusiva y unitaria, buscando con ello consecuencias políticas en la racionalización del reparto en el mercado laboral. Tiene intención de unificar la normativa anterior a través del establecimiento de un ámbito de aplicación lo más amplio posible a la vez que ofrece un tratamiento común a todos los afectados por la misma. Se configura también como una ley que busca mostrar la moralidad y el ejemplo en la actuación de los empleados públicos¹⁷.

¹⁵ Aunque la ley determina en su exposición de motivos que se dispone como un planteamiento uniforme para todas las Administraciones Públicas, lo cierto es que se comprueba en su artículo 2 que existen sectores que no se rigen por este sistema de incompatibilidades. Tal es el caso, por ejemplo, del personal sanitario, cuyo sistema se encuentra regulado en la ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, concretamente en los artículos 76 y siguientes. Esta puntualización es importante, pues se comprobará más adelante, que existen diferencias notables en el esquema de incompatibilidades.

¹⁶ Sólo se introdujeron dos cambios a través de la Disposición final tercera.

“Modificación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

1. Se modifican las letras a) y g) del apartado 1 del artículo 2, que quedan redactadas de la siguiente forma.

“a) El personal civil y militar al servicio de la Administración del Estado y de sus Organismos Públicos.

g) El personal al servicio de entidades, corporaciones de derecho público, fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por cien con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas”.

2. Se modifica el apartado 1 del artículo 16, que queda redactado de la siguiente forma:

“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 al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección”.

¹⁷ PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, pp. 622-623.

Al igual que en las normas predecesoras el eje principal de este sistema es la neutralidad y el fiel desempeño de la función o cargo, elementos que se pueden apreciar en los artículos 103.1 y el 9.3 de la CE, que están íntimamente ligados a estas consideraciones. El propio Tribunal Constitucional se pronunció en el mismo sentido en las sentencias STC 172/1996¹⁸ y STC 73/1997¹⁹, al opinar que: *“Las incompatibilidades de los funcionarios públicos tienden a garantizar su objetividad de actuación, en evitación de las relaciones de dependencia perturbadoras, así como su eficacia, procurando la máxima dedicación a las funciones propias de su empleo o cargo, características aquélla y ésta predicables constitucionalmente de la actividad de las Administraciones públicas y, por tanto, exigible también de sus servidores (art. 103 CE).”*

En cuanto al ámbito específico de las incompatibilidades de los empleados públicos con una actividad privada, la normativa proclama una prohibición absoluta cuando el segundo trabajo esté relacionado con las funciones que desarrolle en el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado, a excepción de aquéllas que fuera particulares y se realicen para sí los directamente relacionados²⁰. Asimismo existe una lista expresa de las actividades que quedan prohibidas que suponen una ampliación respecto de la Ley 20/1982²¹. Esta prohibición absoluta es completada a través de la retribución de los funcionarios, ya que aquellos que perciban un complemento específico o estén especialmente retribuidos por arancel, quedan en situación de incompatibilidad, incluso cuando la actividad que quieran desempeñar esté

¹⁸ Véase el fundamento jurídico 1º.

¹⁹ Véase el fundamento jurídico 3º.

²⁰ Véase el artículo 11 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

²¹ *“En todo caso, el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá ejercer las actividades siguientes:*

a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares, o en los asuntos en los que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público.

Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.

b) La pertenencia a Consejos de Administración u órganos rectores de Empresas o Entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el Departamento, Organismo o Entidad en que preste sus servicios el personal afectado.

c) El desempeño, por sí o por persona interpuesta, de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas.

d) La participación superior al 10 por 100 en el capital de las Empresas o Sociedades a que se refiere el párrafo anterior”. (artículo 12).

fuera de las prohibiciones anteriores²². Esta prohibición fue suavizada a través del artículo 34 de la Ley 31/1991²³, permitiéndose establecer una excepción a la misma, cuando dicho complemento no supere el 30% de las retribuciones básicas excluyendo la antigüedad: *“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”*.

Aparte de las prohibiciones expresas la ley regula además el procedimiento para el otorgamiento de la compatibilidad dejándolo en manos del Ministerio de Presidencia, a propuesta del Subsecretario del Departamento correspondiente, previo informe, en su caso, de los Directores de los Organismos, Entes y Empresas públicas, la resolución de la misma²⁴. El sistema se hace más rígido que en normas anteriores como el Decreto-ley de 13 de mayo de 1955, ya que la decisión ya no estará en manos del superior jerárquico, figura que está en relación directa con el empleado público, sino que la mencionada decisión corresponde a partir de este momento del propio Ministerio.

La Ley 53/1984 se establece, por tanto, como el eje fundamental del sistema de incompatibilidades de la mayoría de los empleados públicos, cuyos principios siguen siendo los mismos que sus antecesoras: la consecución de la imparcialidad y la neutralidad de los funcionarios en el ejercicio de sus labores. Para llevar a cabo su cometido se ha implantado una mayor rigidez en su esquema a través de la estipulación expresa de actividades que son prohibidas, dejando poco margen a la valoración subjetiva, como así ocurriera en la legislación preconstitucional. A pesar de esta rigidez primera, desde 1991 se intentó dar cierto margen flexible al régimen a través de cuestiones económicas ligadas al complemento específico, elemento retributivo que marca la incompatibilidad.

²² Véase el artículo 16.1

²³ Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992.

²⁴ Véase el artículo 14.

3.2. La rigidez del régimen de incompatibilidades.

La CE en su artículo 103 dispone que la Administración tiene el mandato de atender a los intereses generales con eficacia y objetividad. Para ello es necesario que posea una organización adecuada de sus estamentos, implicando la obligación de la imparcialidad de sus trabajadores en el ejercicio de sus funciones y labores. Sin ir más lejos, en el apartado tres de este mismo artículo se proclaman las herramientas que deben utilizarse para llegar a este fin a través de la regulación normativa de todas las situaciones de sus empleados públicos. El régimen de incompatibilidades se establece, de esta manera, como un elemento crucial para el desempeño imparcial de las actividades de los empleados públicos, por lo que la Administración, en su intento de cumplir su principal objetivo constitucional, regula este ámbito en todos sus aspectos. Desde el punto de vista del servicio ofrecido por la Administración destaca el hecho de que la experiencia y conocimientos adquiridos por los empleados no deben ser utilizados contra ella misma y por lo tanto ésta exige la máxima neutralidad²⁵. Los trabajadores de la Administración no pueden estar sometidos a ningún tipo de compromiso personal o económico respecto a otras actividades paralelas que puedan emprender y les distraiga o les comprometa su imparcialidad. Sin embargo, la rigidez de este sistema puede entenderse como un menoscabo a derechos constitucionales de los funcionarios, sobre todo en el ámbito de la libre profesión²⁶.

Existe por tanto una relación de fuerzas entre Administración y sus empleados públicos que desemboca en un estrecho equilibrio. Palomar Olmeda²⁷ apunta que es un problema de límites, ya que el funcionario se debe a la imparcialidad en la realización de su trabajo para llegar al fin de la eficacia en el servicio de los intereses generales²⁸. Por lo tanto el problema estriba en la cuestión de hasta dónde puede llegar este límite y si el hecho de que éste sea absoluto constituye una exigencia excesiva para el empleado y vulnera algunos derechos y libertades reconocidos constitucionalmente.

Desde época preconstitucional, y tal y como apunta Serrano Guirado, la doctrina ya se había encargado de alertar sobre esto. Se afirmó que todo el sistema tiene que

²⁵ Aunque la razón principal es garantizar la imparcialidad, el sistema también ha sido utilizado como herramienta de intervención en el mercado laboral, más en la situación en la que se creó en la que había un alto nivel de desempleo en la población. Por lo tanto, se configura, además, como una medida eminentemente social en un intento de mejorar el bienestar de la sociedad.

²⁶ Véase el artículo 35 de la CE.

²⁷ PALOMAR OLMEDA, A.; ob. cit., p. 614.

²⁸ Véase el artículo 103 de la CE.

basarse en la exigencia mutua tanto por parte del empleado como del Estado. Así, el deber de plena dedicación al servicio del trabajador público y su efectividad moral y material debe conformar otro mandato para la Administración, ofreciendo una adecuada remuneración que satisfaga esta absorción²⁹. De la misma manera se pronunció Álvarez-Gendín en el año 1962 sobre esta dualidad de compromiso, llegando incluso a opinar sobre la necesidad que tiene el Estado español de afrontar la obligación de plena dedicación a sus funcionarios y empleados públicos a través de un sistema de remuneratorio justo y de elevadas cuantías, que recompensase este sacrificio³⁰

Como ya se apuntó, el sistema de incompatibilidades está regulado en mayor parte en la Ley 53/1984. Sobre ella se ha pronunciado el Tribunal Constitucional a través de la STC 178/1989 de 2 de noviembre y la STC 68/1990. En ambos casos determinó que la ley se encuentra dentro de los márgenes constitucionales y no vulnera ningún derecho reconocido a los empleados públicos que se ven afectados por la misma.

La STC 178/1989³¹ fue la respuesta a un recurso de inconstitucionalidad presentado por 53 diputados en la que se alegaron, entre otros motivos, la vulneración, por parte de este régimen de incompatibilidades, del artículo 35 de la CE sobre el derecho al trabajo y a la libre elección de la profesión u oficio. A través del mismo los demandantes recurrían la inconstitucionalidad de la mencionada ley por entender que exclusivamente por medio de este sistema se pretendía garantizar la imparcialidad en el ejercicio de las funciones y atentaba contra los derechos de los propios empleados públicos al pluriempleo, ya sea por la ocupación de otro puesto de carácter público o privado. Ante estos motivos de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional, a través de fundamento jurídico octavo, se mostró tajante al afirmar que el sistema no supone ninguna vulneración al derecho del trabajo proclamado en el mencionado artículo constitucional. En el ámbito de las Administraciones Públicas, este derecho no está regulado en el artículo 35 de la CE, sino en el 103.3 de la CE, por lo que el ejercicio de las funciones de los empleados públicos se ven envueltos de objetivos constitucionales claros como es el de la eficacia y la objetividad. Por ello, tal y como se pronuncia el Tribunal: *“El derecho al trabajo no es vulnerado o menoscabado por el hecho de que para su ejercicio -en concreto, en el ámbito de la función pública entendida en sentido*

²⁹ SERRANO GUIRADO, E.; ob. cit., p. 99.

³⁰ ÁLVAREZ GENDÍN, S.; “El problema de las incompatibilidades de los funcionarios públicos”, *Revista de Administración Pública*, nº 39, 1962, p. 94.

³¹ STC 178/1989 de 2 de noviembre (RTC 1989/178).

amplio- se impongan por el legislador determinados requisitos o limitaciones para garantizar la consecución de determinados objetivos fijados en la propia Constitución”. Reconoce que el sistema puede implicar restricciones evidentes, pero no es motivo suficiente para declarar su inconstitucionalidad. El 103.3 de la CE no garantiza el derecho al trabajo en unas determinadas condiciones de los empleados públicos, sino que se fijan requisitos y condiciones que respondan a los intereses públicos a los que tiene que servir la Administración tal y como se dicta en el 103.1 de la CE. Por ello, el legislador, basándose en el cumplimiento de este principio, dictará normas sobre otros aspectos como es el acceso al empleo público y la determinación de las condiciones de trabajo, entrando también, en la implantación de este régimen de incompatibilidades³². Tampoco vulnera este régimen el derecho de elección de la profesión u oficio porque nadie es obligado a elegir ser empleado público, sino que se hace de manera libre. El Tribunal considera que no debe confundirse esta realidad en la libertad de elección de oficio con la situación de que un empleado público tenga limitado el ejercicio de una segunda actividad. El hecho de haber accedido de manera libre a un puesto público, acarrea unas limitaciones que ya son asumidas y comprendidas de antemano³³.

En la STC 68/1990³⁴ el Tribunal volvió a pronunciarse sobre la Ley 53/1984, ante una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. En ella se plantea la posibilidad de estar el artículo 16.1 infine fuera de los márgenes constitucionales del artículo 14 de la CE sobre el derecho fundamental de igualdad ante la ley. En esta ocasión no se cuestiona la vulneración del derecho constitucional de la libre profesión de la ley, sino la posición de igualdad de los distintos cuerpos de funcionarios ante la compatibilidad

³² *“El derecho al trabajo constitucionalmente protegido no garantiza en modo alguno el derecho a que dicho trabajo se desarrolle en determinadas condiciones, con ausencia de determinadas limitaciones, sino que garantiza, simplemente, que el legislador, en el ámbito de la función pública, no va a imponer requisitos o condiciones que no respondan a los intereses públicos a los que, con objetividad, ha de servir, como impone el art. 103.1 de la Constitución, la organización -la Administración Pública- en la que se encuadran los servidores o empleados públicos (...). De ahí que el legislador pueda regular, especialmente cuando se trata del trabajo desempeñado al servicio de las Administraciones Públicas, no sólo el modo de acceso al mismo -tema ajeno a la cuestión que aquí se plantea-, sino también las condiciones y requisitos de desempeño del mismo, incluidas las incompatibilidades con el desarrollo de actividades profesionales o laborales al margen de la considerada por el legislador”.*

³³ *“La Ley impugnada no impide a nadie llevar a cabo esa elección, como tampoco la de desempeñar la profesión u oficio elegido libremente. Lo que impide o condiciona, según los casos, es que los empleados públicos, mientras estén al servicio de una Administración Pública, desempeñen otra actividad profesional o laboral distinta a la propia de su empleo público. Lo cual es, evidentemente, algo muy diferente”.*

³⁴ STC 68/1990 de 5 de abril (RTC 1990/68).

con una segunda actividad. Concretamente la cuestión se encuentra sobre si los funcionarios que tengan atribuido en sus retribuciones un factor de arancel están en las mismas condiciones de igualdad legal frente a los demás funcionarios. Es evidente que en este sentido la ley es clara, porque el artículo 16.1 supone una prohibición absoluta para este tipo de funcionarios. Entonces la cuestión estriba en si esta prohibición expresa supone un menoscabo en la igualdad de derecho ante la ley proclamada en el referido artículo 14 de la CE.

Esto podría considerarse como otra cuestión dentro de la disputa que existe entre la Administración y sus empleados públicos en cuanto al deber de éstos últimos de servir con eficacia y objetividad al interés general y los derechos de pluriempleo y libre profesión de los mismos. En esta ocasión el Tribunal Constitucional vino a desestimar la cuestión por no encontrarse el colectivo de los Registradores de la Propiedad (funcionarios retribuidos por arancel) fuera de los márgenes de igualdad ante la ley. Tal y como se señala en la sentencia no se parte de dos posiciones iguales ante la norma, pues la especial dedicación de estos funcionarios, que ya son retribuidos de una manera singular, marca una diferencia con el resto, no determinándose que están en posiciones igualitarias³⁵.

Tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional se observa que la ley que marca el régimen de incompatibilidades de los empleados públicos está dentro de los márgenes constitucionales, ratificando con ello su rigidez en cuanto a la autorización del ejercicio de una segunda actividad. La Administración se debe al servicio eficaz y objetivo de los intereses públicos y sus empleados públicos se rigen, por lo tanto, por igual consideración. No debe interpretarse su derecho al trabajo como el descrito en el artículo 35 de la CE, sino que su especial posición en el ejercicio de sus funciones está englobada en el mandato constitucional del 103 de la CE. Esto implica que aquéllos que acepten la condición de trabajador público, tendrán que soportar las limitaciones de compatibilidad a favor de un ejercicio imparcial de sus tareas. De igual modo, los funcionarios que tienen una prohibición expresa en cuanto a este ámbito debido a sus retribuciones, es decir, los que perciben arancel, se encuentran en la misma posición de

³⁵ “Ha de señalarse que la forma de retribución de los Registradores de la Propiedad –la retribución por arancel- es uno de los rasgos o características que describen y caracterizan su función y peculiar régimen jurídico pero, evidentemente no es el único. Ahora bien, además de no ser el único, tampoco puede admitirse que el precepto cuestionado el legislador haga referencia a él como la causa que justifica la incompatibilidad absoluta que establece. El precepto se limita a señalar –mediante ese rasgo, que junto con otros, identifica y describe a un determinado grupo de funcionarios- su ámbito concreto de aplicación”.

los demás, debido a que la propia ley les está recompensando su especial dedicación a través de este tipo de remuneración. No podrán compaginar su trabajo público con otro puesto en el ámbito privado, pero ya disfrutan de un exclusivo trato económico. Es palpable la poca flexibilidad que el sistema presenta en cuanto a las compatibilidades con un segundo trabajo. Para la Administración lo que debe primar es el servicio de los intereses generales y de la misma manera debe ser para sus empleados, los principales pilares del aparato administrativo.

4. Sistema retributivo e incompatibilidades.

4.1. Cuestiones generales.

El sistema de retribuciones de los empleados públicos en España ha sido a lo largo de la historia un ámbito de difícil y problemática configuración. En la actualidad está regulado por el LEBEP, pero se mantiene la vigencia de leyes anteriores como la LFCE y sobre todo la Ley 30/1984 de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (LMRFP), que no ha quedado derogada en atención a las posteriores desarrollos normativos sobre esta materia, tal y como dispone la Disposición final cuarta en su segundo apartado del Estatuto³⁶. Teniendo en cuenta estas consideraciones jurídicas, se observa que el sistema retributivo de los empleados públicos en España está estructurado según los artículos 22 al 24 de LEBEP, para el personal funcionario³⁷, en retribuciones básicas y complementarias.

La regulación implantada por LEBEP, a falta del desarrollo normativo correspondiente, vino a introducir dos características que intentan mejorar el sistema implantado anteriormente. Por un lado se pretende equiparar las retribuciones del personal público de todas las Administraciones, haciendo desaparecer las desigualdades entre ellos a través de la fijación de un límite en las retribuciones básicas según el Presupuesto General del Estado (PGE). Por otro, se determina que las retribuciones complementarias, si bien, también tienen un límite fijado por el PGE, (el crecimiento anual de la masa salarial de las distintas Administraciones Públicas), no tienen la obligación de ser iguales para todos los empleados públicos, ya que se debe atender a las peculiaridades de cada puesto y la heterogeneidad del sector público³⁸.

Las retribuciones básicas atienden a la pertenencia a la función pública, diferenciándose en virtud del grupo o subgrupo de clasificación y la antigüedad³⁹. Se fija su límite en los PGE y es competencia exclusiva del Estado a través del artículo

³⁶ “No obstante 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 2 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”.

³⁷ Para el personal laboral se fijarán estas retribuciones a través de la negociación colectiva, sin perder de vista lo dispuesto en el artículo 27 de LEBEP.

³⁸ ORTUÑO NAVALÓN, M. C. y MANZANA LAGUARDA, R. S.; *Las retribuciones de los empleados públicos. Estatuto Básico del Empleado Público*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pp. 11-12.

³⁹ SANCHEZ MÓRON, M.; *Derecho de la función pública*. Tecnos, Madrid, 2014, p. 232.

103.3 y sobre todo el 149.1.13 de la CE⁴⁰, por lo que las retribuciones deben ser iguales en todas las Administraciones Públicas. Se tienen en cuenta, además de la equiparación y solidaridad, cuestiones de política económica⁴¹, haciendo que el sistema público sea sostenible desde el punto de vista del gasto del personal. Están compuestas por el sueldo que se asigna según el grupo o subgrupo al que pertenezca el funcionario, los trienios, concepto que fija la retribución relacionada con la antigüedad y las pagas extraordinarias. Estos conceptos están integrados en los artículos 22.2 y 23 de LEBEP y a falta de su desarrollo posterior, sigue en vigor el artículo 23 de LMRFP.

Las retribuciones complementarias están ligadas a las características del puesto de trabajo que desempeñe y a su progresión en la carrera. Con la entrada en vigor de los cambios ya mencionados en el LEBEP sobre esta materia, las retribuciones complementarias se encuadran en la actualidad en un sistema más flexible, ya que dependiendo del puesto de trabajo y su heterogeneidad, la ley les da competencia a las Comunidades Autónomas para fijar las retribuciones que mejor se acoplen a los mismos. Son complementos no tan rígidos como las retribuciones básicas y son determinados por la Administración, con la única condición que se ha explicado: la no superación de los límites globales que fije los PGE al incremento de la masa salarial de las Administraciones Públicas. Al igual que ocurriera con las básicas, las complementarias, que están reguladas en el artículo 24 LEBEP, deben ser desarrolladas por la normativa de empleo público, y debido a que ésta aún no existe ni en el ámbito estatal ni en el autonómico, con algunas excepciones como por ejemplo la de la legislación valenciana y la de Castilla-La Mancha⁴² en cuanto al complemento específico, continua vigente lo dispuesto en el artículo 23.3 de LMRFP. Siguiendo el esquema de esta ley se consideran retribuciones complementarias el complemento de destino, que corresponde con el nivel de puesto que se desempeñe; el complemento específico, que retribuye las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en

⁴⁰ Esta competencia exclusiva ha sido refrendada por el TC en la STC 103/1997, que a su vez cita a la 171/1996. En la misma el Estado presentó recurso de inconstitucionalidad contra una ley de la Comunidad de Madrid que fijaba las retribuciones de su personal funcionario. Ante ello, el Tribunal dijo lo siguiente: “Consiguientemente, puesto que la norma autonómica recurrida contradice abiertamente lo dispuesto en una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes del gasto público y establecida a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, no cabe sino declarar, como igualmente hicimos en la STC 171/1996, la inconstitucionalidad de la misma por vulnerar el art. 149.1 13ª de la C.E.”

⁴¹ ORTUÑO NAVALÓN, M. C. y MANZANA LAGUARDA, R. S.: *ob. cit.*, p. 15.

⁴² Artículo 76 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana y artículo 85.4 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del empleo público de Castilla-La Mancha.

atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad; el complemento de productividad, que está relacionado con el rendimiento de la actividad y las gratificaciones, que serían los servicios extraordinarios realizados fuera de la jornada normal. Resulta evidente que de entre todos ellos el que presenta relación con la incompatibilidad, objeto del presente trabajo, es el complemento específico descrito en el artículo 23.3 b) de LMRFP y en el 24.b) de LEBEP. En el Estatuto no está nombrado como tal, sino que es definido a través de rasgos básicos: *“La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo”*.

4.2. El complemento específico.

4.2.1. El factor de incompatibilidad como elemento que compone el complemento específico.

El complemento específico, desde su implantación en LMRFP, es uno de los elementos básicos del sistema retributivo, tanto por su porcentaje en relación con la totalidad de las retribuciones percibidas, como por considerarse uno de los complementos que mejor definen la objetividad sobre el puesto de trabajo desempeñado⁴³.

Debido a este carácter neutral y a los vectores que lo componen que son nombrados legalmente, la Administración tiene la obligación de estipular los mismos en su relación de puestos de trabajo, definiéndolos y valorando su retribución. Para ello, el Tribunal Supremo dispuso que la Administración tiene que acometer en primer lugar actuaciones que lleven a definir el complemento específico en función al puesto de trabajo, para luego ejercer un control sobre el ajuste del contenido previamente acordado con la realidad⁴⁴.

Esta definición de los factores que componen el complemento específico está establecida como norma básica por lo que se corresponde con una competencia

⁴³ CASTILLO BLANCO, F. A.; *El sistema retributivo en la función pública española*, Marcial Pons, Barcelona, 2002, p. 200. *“Sin duda este Complemento es uno de los elementos básicos del sistema retributivo implantado en la reforma del 1984, tanto por su impacto sobre el total de las retribuciones percibidas, como por ser justamente, el concepto retributivo por excelencia que expresa más claramente la opción del legislador de establecer un sistema de remuneración del empleo público que prime, junto a la categoría del funcionario, y lo que el funcionario consigue que se expresan en las retribuciones básicas y en el Complemento de Productividad, el puesto concreto desempeñado en atención a las circunstancias objetivas de ejercicio que concurren en el mismo”*.

⁴⁴ STS de 1 de julio de 1994 (RJ 1994/6239).

exclusiva del Estado a través del artículo 149.1.18ª de la CE. Las Comunidades Autónomas, por lo tanto, y en cuanto a este complemento podrán dictar norma de desarrollo. Esta consideración está avalada por la STC 103/1997 a la que ya se ha hecho referencia: *“De ahí que el complemento específico que nos ocupa, en la medida en que está derechamente orientado a "retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo" (art. 23.3 b)), se convierta en elemento relevante para perfilar el sistema de estructuración abierto por el que optó el legislador básico. En atención a lo dicho, ha de concluirse reiterando que el contenido del art. 23.3b) de la Ley 30/1984 se ajusta a la competencia estatal ex art. 149.1.18ª CE., al poder encuadrarse entre esos "aspectos centrales, nucleares del régimen jurídico de una determinada institución" (STC 76/1986, fundamento jurídico 4º) en que las "bases", materialmente, consisten”*.

En atención a sus características, el complemento específico ha sido definido por la doctrina de una manera esquemática como ha sido el caso de Solana Pérez⁴⁵. El mismo fue completado por Castillo Blanco sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁶. Por lo tanto, según dictan en sus estudios, este elemento: a) retribuye el concreto puesto de trabajo que se desempeña; b) requiere un examen de las funciones asignadas objetivamente al puesto y no las desempeñadas por el funcionario que lo sirve; c) atiende a las condiciones particulares del puesto que generen la asignación del Complemento Específico deben mantenerse con carácter permanente y no meramente ocasional; d) no se puede asignar de forma general a la totalidad de puestos, ni a cuerpos o escalas, salvo que exista justificación para ello; e) es indiferente de las condiciones subjetivas del funcionario, de la forma de la adscripción al puesto, y, en su caso, si se da la igualdad de funciones con otros puestos, ha de reconocerse su admisibilidad y f) aunque no genera un derecho adquirido, su modificación posterior exige una nueva valoración a fin de acreditar la alteración en las funciones atribuidas.

El factor de incompatibilidad es uno de los elementos que integran el complemento específico. La observación objetiva del puesto de trabajo determina en qué grado se tiene que retribuir la especial dedicación del funcionario desde el punto de vista de la independencia y neutralidad en el ejercicio de sus labores. Por lo tanto, pueden existir puestos de trabajo cuyo complemento específico esté totalmente ligado a la incompatibilidad o también que ésta intervenga más o menos en relación con los

⁴⁵ SOLANA PÉREZ, A.; *Aplicación y control judicial del Complemento Específico en la retribución de los funcionarios públicos*, CEMCI, Granada, 2000, p. 49.

⁴⁶ CASTILLO BLANCO, F. A.; *ob. cit.*, pp. 205-206.

otros factores como es la dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, penosidad y peligrosidad. El artículo 16.1 de la Ley 53/1984 establece el complemento específico como un elemento que generaría una incompatibilidad absoluta para aquellos funcionarios, cuyo puesto de trabajo implicara la percepción de esta retribución, por lo que resulta de suma importancia este elemento retributivo para determinar o no la compatibilidad con una actividad privada. Vista la jurisprudencia, se puede deducir, que aunque el complemento puede estar definido por varios factores aparte de la incompatibilidad, el simple hecho de que éste exista comporta la exclusión en el ejercicio de la actividad privada, siempre y cuando éste sea, a tenor del 16.4, superior al 30% de las retribuciones básicas excluida la antigüedad. Así se ha pronunciado con claridad el Tribunal Supremo⁴⁷: *“Del conjunto de dicha normativa se infiere: 1º) que el complemento específico es uno sólo, cualquiera que sea el vector o vectores, condición o condiciones de los cinco que se pueden tener en cuenta para asignarlo al puesto de trabajo: -a) especial dificultad técnica, b) dedicación, c) responsabilidad, d) incompatibilidad, e) peligrosidad o penosidad-; 2º) que cualquiera que sea el vector o vectores que se tenga o tengan en cuenta para su concesión, incluso si no se ha tenido en cuenta el de incompatibilidad, produce ésta para el funcionario que desempeña el puesto de trabajo”*.

Esta consideración viene a establecer que si un empleado público está percibiendo un complemento específico que sólo retribuya, por ejemplo, la dificultad técnica, igualmente quedaría “incompatibilizado” para el ejercicio de una actividad privada.

Desde el punto de vista doctrinal existen voces que entienden que ésta es una mala interpretación de la norma, provocando un perjuicio al empleado público, cuyo complemento específico no tiene el elemento de incompatibilidad, y no adoptando una posición más sensata respecto a esta cuestión. Castillo Blanco se pregunta en qué influye la incompatibilidad o no de un funcionario que éste perciba un complemento de penosidad o dificultad técnica. La incompatibilidad debería interpretarse no tanto por la retribución total de este complemento sino a tenor del grado de implicación del vector, en razón de los objetivos de la organización y de la incidencia que el concreto puesto de trabajo tenga sobre el desempeño objetivo e imparcial del servicio público⁴⁸.

⁴⁷ STS 30 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8737).

⁴⁸ CASTILLO BLANCO, F. A.; *ob. cit.*, p. 213. Véase también MARTÍN PÉREZ, L. F.; “Consideraciones sobre la actividad privada de los servidores públicos ante la Ley 53/1984. Análisis

Esta realidad jurídica en torno al complemento específico sobre la incompatibilidad ha venido a poner más dificultades al personal que quiera compatibilizar sus funciones con una actividad privada dentro de los márgenes que se dispone en el artículo 16 de la Ley 53/1984, sobre todo teniendo en cuenta que la mayoría de los puestos poseen este complemento retributivo, aunque no sea necesario en todos los casos⁴⁹.

4.2.2. El artículo 16.1 de la Ley 53/1984 tras el LEBEP.

El LEBEP ha introducido pocos cambios a la Ley de incompatibilidades, pero uno de ellos toca de pleno con la casuística estudiada en este trabajo. A través de la Disposición final tercera segundo apartado⁵⁰, se modifica el artículo 16.1 de la Ley de incompatibilidades, que está relacionado con incompatibilidad con una actividad privada por medio de la percepción del complemento específico que se ha descrito. En la redacción incluida en este Estatuto, se tiene en cuenta la nueva denominación del complemento descrito en el artículo 24.b) de la misma ley. Esta circunstancia implica, tal y como regula la mencionada Disposición final cuarta en su segundo apartado, que la modificación no entrará en vigor mientras no existan Leyes de Función Pública que desarrollen este Estatuto. En el momento en el que este acontecimiento se produzca, la modificación introducida en la Ley 53/1984 podría suponer una nueva interpretación contraria a la consideración de la tradición jurisprudencial. El complemento específico no podría observarse como un factor global para la incompatibilidad con independencia de los vectores que lo formen. Por lo tanto, sería necesario determinar el desglose de éstos, para declarar si existe una prohibición absoluta o no para ejercicio de la actividad privada.

El apartado dispone “*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...*”. Hay una mención expresa al vector de incompatibilidad, por lo que habría que determinar si el complemento equiparable lo contiene. De ser así, la prohibición sería absoluta y no se

especial del art. 16 de esta norma legal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 1987, pp. 1083-1094.

⁴⁹ SANCHEZ MÓRON, M.; *ob. cit.*, p. 236.

⁵⁰ “*Se modifica el apartado 1 del artículo 16, que queda redactado de la siguiente forma:*

“*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 al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección*”.

entraría a valorar en si el complemento en cuestión supera o no el 30% de las retribuciones básicas, excluidos los conceptos de antigüedad⁵¹. Sólo podría cuestionarse este aparatado cuando el complemento equiparable al específico no tuviera el factor de incompatibilidad. Esto conllevará una corrección normativa en cuanto a la redacción anterior y la posición doctrinal que hemos descrito con anterioridad, pero también resultaría un perjuicio para aquellos empleados públicos (el LEBEP ya engloba a laborales y eventuales) que sí tuviesen ese vector en su complemento, ya que anteriormente no se entraba a cuestionar si existía factor de incompatibilidad o no, sino el conjunto de la retribución.

La dificultad en el esquema retributivo de los empleados públicos en España resulta evidente, ya no sólo por los numerosos complementos y especialidades que se establecen en sus retribuciones, sino por la diversidad de la normativa vigente. Aunque el LEBEP haya querido sentar las bases de un sistema que pretende ser unitario e igualitario, el desarrollo del mismo se ha ido demorando en el tiempo. Esta circunstancia ha provocado que sigan en vigor partes de normas como la LMRFP para el caso de las retribuciones que pueden suponer contradicciones con la normativa que modifica el LEBEP. Éste es el caso de las incompatibilidades tras el cambio en la redacción del importante artículo 16.1 de la Ley 53/1984. Mientras mantenga la vigencia el sistema retributivo de la LMRFP que modifique a su vez en mencionado artículo, los estados de “incompatibilidad económica” de los empleados públicos son diferentes a los que ocurrirán cuando se desarrolle el Estatuto. Esta situación provoca contrariedad a la hora del reconocimiento de una compatibilidad. Dependiendo del momento normativo en el que se produzca, en el instante en el que se dicten estas normas de desarrollo, la autorización que en un primer momento podría ser estimada, tras el cambio, podría resultar denegada y viceversa.

⁵¹ MESEGUER YEBRA, J.; “El impacto del sistema retributivo de los empleados públicos sobre su régimen de incompatibilidades”, Revista CEMCI, nº 16, 2012, pp. 20-21.

5. Flexibilización del régimen de incompatibilidades.

5.1. Punto de partida: el caso del personal sanitario.

Una revisión de la normativa sobre incompatibilidades en todos los ámbitos de la función pública, no sólo los descritos en la Ley 53/1984, revela situaciones parecidas en las que se ha permitido la reducción e incluso la renuncia al complemento específico.

En la Administración General del Estado se puede observar a través del Real Decreto-Ley 3/1987, ya derogado, como se estableció en su artículo 2.3.b) la definición del complemento específico para los puestos de facultativos sanitarios que desempeñaban tareas que suponían especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. Esta especial retribución del personal sanitario fue modulándose a través de distintos Acuerdos del Consejo de Ministros donde se estableció que aquellos facultativos que percibían este complemento no podían desempeñar actividades privadas o más de un puesto en el sector público⁵², dejando sin esta consideración exclusiva, a los facultativos que tuvieran una segunda actividad. Se mostró con estas disposiciones la intención del Gobierno de manifestar el vínculo entre la retribución de este complemento con la incompatibilidad, aunque los revistió de un carácter voluntario⁵³, que dio a entender la consideración de que el complemento no estaba tan ligado al puesto de trabajo sino que tenía un carácter personal. Ante esta intención, la jurisprudencia, sobre todo el Tribunal Supremo⁵⁴, incluso en el ámbito militar, manifestó con rotundidad la naturaleza objetiva del complemento, ya que está en completa relación con el puesto de trabajo y no tanto con la valoración subjetiva del funcionario.

Años más tarde, dada esta posición jurisprudencial de objetividad sobre el complemento, se aprobó la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que modificó al Real Decreto-Ley mencionado, haciendo que el complemento específico tuviera un carácter personal y por tanto, dando la posibilidad a los facultativos sanitarios de renunciar a él para poder compatibilizar con una segunda actividad. Se desnaturalizó objetivamente el complemento en este

⁵² Acuerdo de 15 de mayo de 1987 y Acuerdo de 15 de abril de 1989.

⁵³ *“La dedicación exclusiva al sector público por parte de sus servidores, especialmente los más cualificados, es un principio recogido en la vigente ley de incompatibilidades que pasa en su aplicación al personal estatutario del INSALUD y específicamente al personal facultativo hospitalario por la asignación del denominado complemento específico, que, por la actual configuración de la prestación de servicios por parte de este personal, debe considerarse, en su aceptación inicial, de carácter voluntario, respecto de los facultativos que vienen prestando servicios, en la actualidad, al sistema”*. Anexo A) del Acuerdo de 15 de mayo de 1987.

⁵⁴ STS de 1 de octubre de 1990 (EDJ 1990/8817) y STS de 20 de octubre de 1992 (EDJ 1992/10203).

ámbito y por lo tanto, cupo la renuncia por ser en ese momento un elemento personal. En la actualidad las retribuciones y demás condiciones de estos empleados públicos están reguladas por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. En su artículo 77.2 se comprueba como se mantienen el carácter personal del complemento específico y se sigue posibilitando la renuncia del mismo⁵⁵.

En el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas también pueden encontrarse elementos parecidos de renuncia al complemento específico para facilitar la compatibilización con otra actividad a los empleados públicos⁵⁶, pero lo cierto es que en la Administración General del Estado, a excepción del antecedente del personal sanitario nombrado, no existe otra muestra destacable de tal situación.

5.2 La reducción del complemento específico para reconocer la compatibilidad

El Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011⁵⁷ y la posterior Disposición adicional quinta del Real Decreto Ley 20/2012 ha supuesto un verdadero giro en la normativa referente a las compatibilidades de los empleados públicos. Después de la entrada en vigor de estas disposiciones ya es posible la petición de la reducción del complemento específico para adecuar las retribuciones a lo dispuesto en el artículo 16.4 de Ley 53/1984, en relación con la solicitud de compatibilidad del ejercicio de las funciones públicas con otra actividad privada. Esta nueva realidad supone una mayor flexibilidad en el sistema de incompatibilidad y permite, en cierta medida, facilitar el acceso a determinados empleados públicos al ejercicio de una segunda actividad, siempre y cuando no se encuentre en otras situaciones que incompatibilizan descritas en el artículo 11 y 12 de la misma ley.

⁵⁵ “En el ámbito de cada servicio de salud se establecerán las disposiciones oportunas para posibilitar la renuncia al complemento específico por parte del personal licenciado sanitario. A estos efectos, los servicios de salud regularán los supuestos, requisitos, efectos y procedimientos para dicha solicitud”.

⁵⁶ Un ejemplo lo encontramos en el Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia, cuya Disposición Adicional octava permite a sus empleados públicos renunciar al complemento específico, de manera total, para poder estar dentro de las limitaciones del artículo 16.4 de la Ley 53/1984.

⁵⁷ El Acuerdo de Consejo de Ministros está dividido en dos partes fundamentales en el que se describen dos situaciones que modifican sustancialmente el régimen de incompatibilidades en vigor. En primer lugar se acuerda la solicitud de parte de la reducción del complemento específico para adecuarse a la situación de compatibilidad descrita en el artículo 16.4 de la Ley 53/1984. En segundo lugar se autoriza a la superación del límite estipulado en los Presupuestos Generales del Estado, previsto en el artículo 7.1 de la misma ley en lo que se refiere a la retribución total de dos puestos, uno de ellos como profesor universitario asociado. Para este estudio interesa la primera de las situaciones descritas.

Este Acuerdo⁵⁸ permite la solicitud de la reducción del complemento específico para adecuarlo al límite del 30% de las retribuciones básicas, excluida la antigüedad a los cuerpos de funcionarios de los grupos C1, C2 y E en el ámbito de la Administración General del Estado. Posteriormente, y en las mismas condiciones que se determinan en el Acuerdo, el permiso fue ampliado a los restantes grupos, es decir, al A1 y A2, a través de la disposición adicional ya nombrada⁵⁹. Por lo tanto se reconoce esta posibilidad de reducir el complemento y compatibilizar a la totalidad de los funcionarios exceptuando a aquellos 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. En un primer momento, se podría pensar que esta medida, que sólo era dirigida para los colectivos más modestos de los grupos de funcionarios, constituía una forma de equiparación retributiva con otros cuerpos de mayor categoría, ya que se daba la posibilidad a los mismos de aumentar sus ingresos a través de la compatibilización con otras actividades, siempre dentro de los márgenes legales. Con la entrada en vigor de esta Disposición adicional quinta se pierde el componente social y equitativo que parecía tener el Acuerdo ante las reducciones retributivas introducidas en el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público⁶⁰.

El Acuerdo, en su exposición de motivos, destaca la necesidad de adaptar una norma de hace tres décadas, como es la Ley 53/1984, a los tiempos actuales y aunque hayan habido intentos de actualizarla⁶¹, nunca se ha conseguido. A lo largo de este

⁵⁸ Publicado en el Boletín Oficial del Estado el 23 de diciembre de 2011 a través de una Resolución de 20 de diciembre de 2011 de la Secretaría del Estado para la Función Pública.

⁵⁹ “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”. (Disposición adicional quinta del Real Decreto ley 20/2012).

⁶⁰ MESEGUER YEBRA, J.; “La renuncia o reducción de la cuantía del complemento específico como condición para el ejercicio de actividades privadas por los empleados públicos”. *El Derecho*. Página web: http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/complemento-especifico-ejercicio-actividades-empleados_11_489055003.html, 2012 (extraído en fecha 2 de marzo de 2015).

⁶¹ En palabras de Meseguer Yebra “El Acuerdo también evidencia la obsolescencia del ámbito normativo sobre el que actúa, denunciada ya en repetidas ocasiones por la doctrina y por este mismo autor, especialmente después de los intentos frustrados de la pasada década. Recordemos que el malogrado

período la situación retributiva de los funcionarios, así como las necesidades organizativas de la Administración han sufrido variaciones que hacen que no se adecue la norma a la realidad del momento. De esta manera se ha producido la situación en la que la mayoría de los funcionarios de la Administración General del Estado incluidos en los subgrupos C1, C2 y E superan el límite del 30% establecido en el artículo 16.4, por lo que básicamente la norma no se ha aplicado⁶². Mediante este Acuerdo los funcionarios que quisieran obtener una compatibilidad de sus funciones con el ejercicio de una actividad privada, podrían solicitar de antemano la mencionada reducción de su complemento específico para poder ajustarse a la norma.

En este mismo Acuerdo se establece también la forma en cómo llevarlo a cabo y los organismos competentes que resolverán el expediente. De este procedimiento administrativo destaca sobre todo el hecho de que la solicitud de reducción del complemento retributivo y la de compatibilidad no se realiza en el mismo acto⁶³. La acción de solicitar esta reducción no implica que ya de por sí se tenga por otorgada la compatibilidad, sino que se tendrá que tramitar según lo dispuesto en el artículo 14 de la normativa vigente⁶⁴. El funcionario tendrá que solicitar la mencionada reducción del

*proyecto de ley reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública tramitado por el Gobierno del Partido Popular en 1999, de haberse aprobado, habría supuesto formalmente la derogación de la práctica totalidad de la LI. Más tarde el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado el 25 de abril de 2005, apostó por la inclusión de esta materia en el propio texto, para proceder a una regulación unitaria de todo el régimen de incompatibilidades como ya en su día abordó la LI (2). Finalmente, sabemos, esta no fue la alternativa acogida por la L 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), pero aun así el Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, suscrito el 25 de septiembre de 2009, sigue contemplando el compromiso de adecuar la normativa básica en materia de incompatibilidades a las nuevas condiciones que establece el EBEP". MESEGUER YEBRA, J.; "Hacia la flexibilización del régimen de incompatibilidades de los empleados públicos", *Diario La Ley*, nº 7807, de 28 de febrero de 2012, p. 2.*

⁶² "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". (Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011).

⁶³ "La reducción del complemento específico surtirá efectos desde el día primero del mes siguiente a aquel en el que dicha reducción haya sido resuelta por la Comisión Interministerial de Retribuciones, y ello sin perjuicio de la obligación por parte del interesado de solicitar el expreso reconocimiento de compatibilidad en los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre". (Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011).

⁶⁴ "El ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las Administraciones Públicas requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad. La resolución motivada reconociendo la compatibilidad o declarando la incompatibilidad, que se dictará en el plazo de dos meses, corresponde al Ministerio de la Presidencia, a propuesta del Subsecretario del Departamento correspondiente; al órgano competente de la Comunidad Autónoma o al Pleno de la Corporación Local, previo informe, en su caso, de los Directores de los Organismos, Entes y Empresas públicas. Los reconocimientos de compatibilidad no podrán modificar la jornada de trabajo y horario del interesado y quedarán automáticamente sin efecto en caso de cambio de puesto en el sector público.

complemento específico y en el caso de que ésta se le otorgue, iniciará la solicitud de compatibilidad con una actividad privada. Meseguer Yebra opina que parece lógica esta consideración, pues la autorización de compatibilidad no tiene que ver sólo con el elemento retributivo de la superación o no del límite del 30%, sino que hay que considerarse otros elementos como la dedicación horaria y los factores funcionales que puedan menoscabar la imparcialidad del empleado público⁶⁵. Una vez se hubiera optado por esta posibilidad el funcionario tendrá que permanecer en esta situación de reducción del complemento durante al menos seis meses antes de volver a solicitar la percepción completa del mismo, siempre que haya cesado en la actividad privada. Sólo en el caso de que la autorización de incompatibilidad se le deniegue podrá solicitarse este reintegro antes del período fijado.

El Acuerdo de Ministros ha supuesto un punto de inflexión en el ámbito de las incompatibilidades de los funcionarios públicos, ya que supone una flexibilización del sistema desde el punto de vista económico. Se configura como un complemento a la Ley 53/1984 que regula el sistema de incompatibilidades un tanto obsoleto y alejado de la realidad actual. A pesar de la flexibilidad de la que se quiere dotar al régimen, éste no ha quedado desnaturalizado desde su vertiente legal, ya que, el hecho de solicitar la reducción del complemento específico, no determina por sí, el otorgamiento de la compatibilidad. Queda, por tanto, con plena vigencia el control y procedimiento oportuno descrito en la ley de incompatibilidades y complementado con la introducción de esta petición de reducción del complemento para adecuarse al artículo 16.4 de la mencionada ley.

5.3 Jurisprudencia sobre la solicitud de reducción del complemento específico.

Hasta ahora, la posición jurisprudencial sobre la solicitud de reducción del complemento específico para adecuarse a lo dispuesto en el 16.4 de la ley en el ámbito de la Administración General del Estado, a excepción del personal sanitario, era tajante, ya que no estaba permitida bajo ningún concepto hasta ahora. La idea central de la prohibición a esta renuncia o reducción parte del concepto objetivo del complemento específico, por lo que si éste es inherente al puesto de trabajo, el funcionario no tiene potestad para hacerlo suyo intentado renunciar a él o reducirlo. La Audiencia Nacional⁶⁶ expone esta misma idea, apuntando además que si en un momento determinado el

Quienes se hallen autorizados para el desempeño de un segundo puesto o actividad públicos deberán instar el reconocimiento de compatibilidad con ambos". (Artículo 14 de Ley 53/1984).

⁶⁵ MESEGUER YEBRA, J.; "El impacto...". ob. cit., p. 23.

⁶⁶ SAN de 29 de junio de 2001 (EDJ 2001/94468).

funcionario cambia de puesto de trabajo, deja de percibir tal concepto, pues no le pertenece como pudiera ser la retribución básica debido a su carácter personal: *“En cualquier caso, debe recordarse de acuerdo con una consolidada doctrina del Tribunal Supremo, que se trata de un complemento de puesto de trabajo, que se fija en función de determinadas condiciones que adornan al puesto correspondiente, y que es el Gobierno quien determina cuáles son los puestos que, por reunir alguna o varias de esas condiciones, otorgan a quien los sirve el derecho a percibir esta remuneración. (...) Por ello, al ser un complemento de puesto de trabajo, sólo lo puede recibir quien lo ocupa y ejerce, y por ello si tal funcionario pasa a servir un destino diferente, se extingue su derecho a esa percepción. En definitiva, el hecho de desempeñar un puesto que tiene asignado este complemento implica necesariamente el percibo del mismo”*.

En la misma línea, otras sentencias⁶⁷ han mostrado que el hecho de que se pudiera renunciar a este complemento específico daría lugar a una desvirtualización del concepto de imparcialidad en el ejercicio de las funciones del empleado público que otorga la percepción de este elemento retributivo. El Tribunal Supremo⁶⁸ lo muestra de esta manera, citando a la STC 178/1989 que ya ha sido nombrada con anterioridad: *“La Ley de Incompatibilidades 53/84 en el art. 16.1 EDL 1984/9673 , no hace sino aplicar el régimen de dedicación exclusiva y como ha declarado el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de 2 de noviembre de 1989 EDJ 1989/9782 , no se atiende sólo a la regulación del régimen de incompatibilidades, sino a garantizar la imparcialidad funcional, el principio de incompatibilidad económica y la dedicación a un solo puesto de trabajo, en aplicación del art. 103.1 de la Constitución EDL 1978/3879 , que son los que inspiran directamente dicho régimen legal”*.

Se constata a través de estas consideraciones jurisprudenciales que tanto el Acuerdo de 16 de diciembre de 2011 como la Disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 20/2012 han dado una nueva visión a lo estipulado en el artículo 16.4 de la Ley 53/1984. Por lo tanto, el carácter irrenunciable del complemento específico al estar ligado al puesto de trabajo, además de la desvirtualización del sentido de imparcialidad en el ejercicio de las funciones materializado en el intento de solicitar una reducción del mismo que se habían discutido en el pasado e incluso la consideración de esta

⁶⁷ STS de 28 de octubre de 1996 (RJ 1996\7798) y STSJ País Vasco 413/2002 de 3 de mayo (JUR 2002\222132).

⁶⁸ STS de 7 de marzo de 2000 (EDJ 2000/2984).

pretensión como un fraude de ley⁶⁹, ha dado lugar a la propia autorización para adecuar este complemento al 30% exigido en el artículo 16.4. Los tribunales a partir de este momento han tenido en cuenta estas disposiciones en sus sentencias. Un ejemplo lo encontramos una sentencia reciente de la Audiencia Nacional en el que se discute la procedencia o no de la compatibilización de una actividad privada de un miembro del Cuerpo Nacional de Policía con sus funciones. En el fundamento jurídico cuarto se observa como, entre otros motivos, se cita al Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011 que en este caso no es aplicable, porque los hechos ocurrieron antes de que estuviera en vigor el mismo. *“En todo caso, no le era aplicable por razón de tiempo, la equiparación introducida posteriormente por Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011, por lo 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...”*⁷⁰.

Otra muestra es observable en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que la Sala dispone que, al no haber sido solicitado por la vía administrativa la reducción a través de solicitud de parte del complemento específico tal y como se menciona en el Acuerdo, no procede la compatibilidad de la segunda actividad del funcionario, ya que su complemento específico supera el 30% de las retribuciones básica que se nombran en el artículo 16.4⁷¹. *“En todo caso el recurrente podría, de conformidad con el apartado Primero.1 del Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011, solicitar ante los 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 pero dicha pretensión no consta en las actuaciones por lo que procederá la desestimación del recurso”*.

Se comprueba en estos dos casos recientes que los recursos referentes al otorgamiento de la compatibilidad no se estiman: en el primer fallo por no estar dentro del ámbito temporal de la disposición y en segundo lugar, porque no se ha solicitado la

⁶⁹ MESEGUER YEBRA, J.; “La renuncia...”. ob. cit. Cita una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 240/2000, de 25 de abril.

⁷⁰ SAN de 26 de enero de 2015 (JUR 2015/38538).

⁷¹ STSJ de la Comunidad de Madrid de 28 de julio 2014 (JUR 2014/248490).

nueva autorización por vía administrativa, abriendo con ella la posibilidad de un nuevo parecer dentro de la jurisprudencia en lo que se refiere a la reducción a petición propia del complemento específico.

A partir de este momento se abre una renovada etapa en el sistema de incompatibilidades de los empleados públicos en el que se aboga por una mayor flexibilidad del mismo para mitigar la merma de sus retribuciones en lo que afecta a los funcionarios de la Administración General del Estado; situación provocada por la crisis económica actual y los recortes económicos que el Gobierno ha llevado a cabo. Pero tampoco hay que dejar de lado las connotaciones negativas que pueden dar lugar esta nueva consideración. Si el sistema de incompatibilidades que resulta del mandato constitucional del artículo 103 de la CE, se creó con la intención de favorecer la imparcialidad y la neutralidad de los empleados públicos en sus funciones, el hecho de que éste se flexibilice de alguna manera, puede producir una pérdida de eficacia de la Administración Pública en sus labores. El ejercicio de una segunda actividad autorizada de sus empleados públicos, puede llevar aparejada una falta de imparcialidad y neutralidad en sus funciones, además de un menoscabo a la dedicación exclusiva que los funcionarios tienen que otorgar al servicio de los intereses públicos. A pesar de que siguen vigentes las trabas al ejercicio de una segunda actividad reflejadas en los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 53/1984, la incursión de esta posibilidad de reducción del complemento específico, supone un nuevo panorama tanto para el empleado público como para la Administración.

6. Conclusión

El sistema de incompatibilidades se ha constituido como una herramienta eficaz para el desempeño imparcial y neutral de las tareas de los empleados públicos. Este régimen, que supone un límite al desempeño de otro tipo de actividad, se ha definido por su rigidez desde su nacimiento, pero la evolución de la propia Administración y las circunstancias actuales han hecho necesario una flexibilización del mismo.

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011 ha reconocido la posibilidad de que un grupo de funcionarios de la Administración General del Estado soliciten una reducción del complemento específico con la finalidad de compatibilizar su empleo con una actividad privada. Este Acuerdo ha abierto un nuevo panorama con el que el Gobierno ha querido compensar, en cierta medida, la pérdida del poder adquisitivo que ha sufrido este colectivo. Asimismo ha supuesto un reconocimiento por parte de la Administración de querer actualizar una norma que estaba desfasada. Esta nueva tendencia ha sido confirmada por el Real Decreto Ley 20/2012, que ha ampliado esta opción a otros grupos de funcionarios de la Administración General del Estado.

La composición del complemento específico viene determinada por varios factores que no sólo tienen que ver con la incompatibilidad. A pesar de ello, la jurisprudencia ha venido considerando que el simple hecho de percibirlo, aunque nada tenga que ver con la dedicación exclusiva, puede dar lugar a la prohibición de la compatibilidad cuando éste suponga el 30% de las retribuciones básicas. Esto ha dado lugar a una situación injusta que se ha prolongado a lo largo del tiempo. Por ello el LEBEP ha modificado el artículo 16.1 de la Ley de Incompatibilidades, dejando como único factor prohibitivo el de la incompatibilidad. Ésta sería una nueva consideración que podría hacer replantear la posición jurisprudencial sobre la visión actual del complemento específico. Sin embargo, esta modificación no entrará en vigor hasta que no se dicten las normas que desarrollen el Estatuto. Por lo tanto, aunque se ha querido corregir esta especial circunstancia, la solución ha quedado suspensa en el tiempo y sin visos de que pueda ser aplicada en un corto plazo, debido al retraso del desarrollo normativo.

Como se puede observar, el intento de conformar un sistema de incompatibilidades más flexible se ha centrado en la modificación del complemento específico, es decir, atiende a las retribuciones. Esta circunstancia puede entenderse de manera que el valor de la imparcialidad o no en las funciones se dispone en atención a lo que perciba económicamente el empleado público. Por lo tanto, las

incompatibilidades parecen haberse reducido a cuestiones de contenido puramente económico. Sin embargo, la verdadera razón de no reconocer la compatibilidad a un trabajador público no se encuentra en el importe de sus emolumentos, se encuentra en la necesidad de garantizar la imparcialidad, neutralidad, la dedicación exclusiva y la mencionada ejemplaridad hacia los ciudadanos.

La flexibilización del sistema de incompatibilidades favorece a los empleados públicos pero puede suponer un menoscabo a la neutralidad e imparcialidad proclamadas en la normativa. El hecho de que se haya querido favorecer la compatibilización con una segunda actividad, podría dar lugar a una pérdida de eficacia en el funcionamiento de la Administración.

Bibliografía

ÁLVAREZ GENDÍN, S.; “El problema de las incompatibilidades de los funcionarios públicos”, *Revista de Administración Pública*, nº 39, 1962, pp. 93 a 126.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.; “Ética pública y normativa administrativa”, *Revista de Administración Pública*, nº 181, 2010, pp. 9-37.

CASTILLO BLANCO, F. A.; *El sistema retributivo en la función pública española*, Marcial Pons, Barcelona, 2002.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A.; “Las incompatibilidades de los funcionarios públicos”, *Presupuesto y gasto público*, nº 21, 1984, pp. 113-158.

GUTIÉRREZ LLAMAS, A.; “Algunas consideraciones sobre el reconocimiento específico de compatibilidad de determinadas actividades profesionales de empleados públicos locales”, *Anales de derecho*, nº 24, 2006, pp. 41-61.

MANZANA LAGUARDA, R.; *Derecho y deberes del funcionario público*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

MARTÍN PÉREZ, L. F.; “Consideraciones sobre la actividad privada de los servidores públicos ante la Ley 53/1984. Análisis especial del art. 16 de esta norma legal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 1987, pp. 1083-1094.

MESEGUER YEBRA, J.; *El régimen de las incompatibilidades de los empleados públicos (Análisis práctico de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, recopilación normativa y selección jurisprudencial, actualizado con la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público)* Editorial BOSCH, Barcelona, 2007.

MESEGUER YEBRA, J.; “El impacto del sistema retributivo de los empleados públicos sobre su régimen de incompatibilidades”, *Revista CEMCI*, nº 16, 2012.

MESEGUER YEBRA, J.; “Hacia la flexibilización del régimen de incompatibilidades de los empleados públicos. Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011”, *Diario La Ley*, nº 7807, de 28 de febrero de 2012.

MESEGUER YEBRA, J.; “La renuncia o reducción de la cuantía del complemento específico como condición para el ejercicio de actividades privadas por los empleados públicos”. *El Derecho*. Página web:

http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/complemento-especifico-ejercicio-actividades-empleados_11_489055003.html, 2012 (extraído en fecha 2 de marzo de 2015).

ORTUÑO NAVALÓN, M. C. y MANZANA LAGUARDA, R. S.; *Las retribuciones de los empleados públicos. Estatuto Básico del Empleado Público*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Dykinson, S. L., Madrid, 2009.

SANCHEZ MÓRON, M.; *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2014.

SERRANO GUIRADO, E.; “Las incompatibilidades de autoridades y funcionarios”, *Revista de Administración Pública*, nº 19, 1956, pp. 59 a 158.

SOLANA PÉREZ, A.; *Aplicación y control judicial del Complemento Específico en la retribución de los funcionarios públicos*, CEMCI, Granada, 2000.

