

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2016/0000795



(01) 30629543466

Procedimiento Ordinario 00/0000

Demandante: D./Dña. _____

PROCURADOR D./Dña. JOSE JAVIER FREIXA IRUELA

Demandado: MINISTERIO DEL INTERIOR

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

Ponente: Sra. Cadenas Cortina.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sección Sexta

SENTENCIA Nº. 000

Ilmos. Sres.

Presidente:

D^a. Teresa Delgado Velasco.

Magistrados:

D^a. Cristina Cadenas Cortina.

D^a. Eva Isabel Gallardo Martín de Blas.

D. José Ramón Giménez Cabezón.

D. Luis Fernández Antelo.

En la Villa de Madrid, veintiuno de julio dos mil dieciséis.

VISTO el presente **recurso contencioso-administrativo núm. 00/000** interpuesto por el Procurador Sr. Freixa Iruela en representación de **DON** _____ contra Resolución de 30 de noviembre de 2015 de la Subdirección General de Recursos Humanos del Ministerio del Interior; habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites establecidos en la Ley reguladora de esta Jurisdicción, se emplazó a la parte actora para que formalizara la demanda lo que verificó mediante escrito en el que después de exponer los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dicte Sentencia estimando el recurso y que se reconozca el derecho del recurrente a la compatibilidad solicitada para el ejercicio de la actividad privada como podólogo con su profesión como Guardia Civil, con todos los pronunciamientos añadidos y condena en costas.

SEGUNDO- El Abogado del Estado contesta la demanda mediante escrito en el que después de exponer los fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dicte Sentencia desestimando el recurso.

TERCERO- Finalizada la tramitación, quedó el pleito pendiente para deliberación y fallo, señalándose la audiencia del día 20 de julio de 2016, teniendo lugar así.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Doña Cristina Cadenas Cortina, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- El presente recurso contencioso-administrativo fue interpuesto por el Procurador Sr. Freixa Iruela en representación de DON _____ contra Resolución de 30 de noviembre de 2015, dictada por la Subdirección General de Recursos Humanos e Inspección del Ministerio del Interior, que deniega la compatibilidad para el ejercicio de una segunda actividad privada, con el puesto de Guardia Civil que ocupa el recurrente.

Según los datos aportados en el expediente, el interesado, Guardia Civil con destino en _____, categoría Guardia Civil, presentó escrito de fecha 30 de septiembre de 2015, solicitando compatibilidad para segunda actividad privada como PODOLOGO, en asuntos no relacionados ni referidos a las actividades que desarrolla en la Guardia Civil, y fuera del horario asignado, con estricto cumplimiento de sus obligaciones.

El Coronel Jefe de la Sección de . de la Guardia Civil de Cataluña informa negativamente al respecto porque entiende que la cuantía del complemento que percibe excede del 30% de retribuciones brutas, teniendo en cuenta la cuantía mensual de complemento general más singular.

El interesado desempeña sus funciones de investigación operativa, modalidades de actividad combinada.

En certificación aportada se detalla la retribución que percibe el recurrente figurando retribuciones básicas de 720,02 euros mensuales, cantidad anual de 9.884,84 euros y componente singular 239.65, anual de 2875. 80. siendo el total de componente específico 6326, 88 euros haciendo constar como porcentaje del 30 por ciento de retribuciones básicas la cifra de 2965,45 euros

En Informe realizado por el Coronel Jefe de la Secretaría Técnica se destaca su obligación de cumplir su horario y la disponibilidad necesaria, y se menciona el art. 12 de la ley 53/1984, de modo que dado que su sueldo base asciende a 9.884.84 euros y el Complemento específico a 9202,68 euros lo que excede del 30% de las retribuciones básicas que es de 2965, 45 euros.

La resolución desestima la petición, haciendo referencia al complemento específico que supera el 30 por ciento de las retribuciones básicas excluida la antigüedad en cómputo anual. Se refiere al criterio mantenido por la AN en relación con el límite de las retribuciones, en Sentencia de 26 de enero de 2015, y en otras Sentencias dictadas por otros Tribunales. Alude al art. 1.3 de la ley 53/1984, y se refiere a la jornada y horario que se determine reglamentariamente. Se explica que ha de estar disponible permanentemente pudiendo ser requerido en cualquier momento Por ello se deniega la compatibilidad solicitada. Frente a la misma se interpuso recurso de reposición, desestimado tal como consta.

Frente a dicha resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo. La demanda alega que le asiste el derecho a compatibilizar su profesión con la segunda actividad privada como podólogo y alega que se han dictado Sentencias estimatorias en casos semejantes. Y entiende que no es una actividad prohibida y que debe ser reconocida la compatibilidad, teniendo en cuenta la cuantía del componente singular del CES en relación con las retribuciones básicas, todo ello con respeto a su horario y cumplimiento estricto de sus deberes.

SEGUNDO- El Abogado del Estado contesta la demanda mediante escrito en el que se refiere a que el actor no percibe complemento de especial dedicación, ya que no existe tal complemento ya que con posterioridad al RD 1781/1984 y 117/1986 se han dictado el RD 311/1998, que establecía un nuevo sistema retributivo que absorbía la totalidad de las retribuciones, dejando sin efecto la percepción de los complementos de especial dedicación, sustituyendo por complementos específicos generales y singulares. Aduce que el complemento específico guarda clara equivalencia con el recogido como de plena dedicación en el RD 1781/1984. Entiende que se equipara el concepto retributivo especial dedicación, subdivisión plena dedicación” con el actual complemento específico componente singular, y ello tiene clara aplicación en materia de compatibilidades.

Al percibir el recurrente el complemento específico singular previsto en el art. 4 del RD 950/2005 de retribuciones se encuentra afectado por la incompatibilidad del art. 13.1 del RIPM.

En fase de prueba se acredita mediante el oportuno certificado expedido por el Teniente Coronel Jefe de la Sección de Retribuciones el Personal de la Guardia Civil, que el recurrente ocupa puesto de trabajo de Especialista Información y percibe un CES de 2904,72 Euros.

TERCERO- El tema objeto de debate se centra en examinar la conformidad a Derecho de la resolución impugnada que deniega la solicitud del recurrente de que se le autorice la compatibilidad con actividad privada, de podólogo. El recurrente es guardia civil destinado en _____ de Cataluña y según consta en su solicitud, se trataría de realizar la segunda actividad en todo caso con estricto cumplimiento de sus deberes, y desarrollando la misma fuera de su jornada laboral, sin comprometer en modo alguno las funciones de su cargo.

Es preciso partir de la normativa de aplicación, y así el art. 6.7 de la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, establece que: *“la pertenencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado es causa de incompatibilidad para el desempeño de cualquier otra actividad pública o privada, salvo aquéllas exceptuadas de la legislación sobre incompatibilidades.”*

Dicha legislación está contenida en la ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones públicas, y dispone su art. 1 que: *1. El personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá compatibilizar sus actividades con el*

desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos previstos en la misma.

A los solos efectos de esta Ley se considerará actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia, y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes, entendiéndose comprendidas las Entidades colaboradoras y las concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria.

2. Además, no se podrá percibir, salvo en los supuestos previstos en esta Ley, más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes o con cargo a los de los órganos constitucionales, o que resulte de la aplicación de arancel ni ejercer opción por percepciones correspondientes a puestos incompatibles.

A los efectos del párrafo anterior, se entenderá por remuneración cualquier derecho de contenido económico derivado, directa o indirectamente, de una prestación o servicio personal, sea su cuantía fija o variable y su devengo periódico u ocasional.

3. En cualquier caso, el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia

Por su parte, el art. 11 detalla que 1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3 , de la presente Ley, el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado.

Y se puntualiza en el art. 12 una serie de actividades totalmente prohibidas que no incluyen la aquí solicitada.

CUARTO- La resolución impugnada se refiere al art. 1.3 de la Ley 53/1984, teniendo en cuenta la jornada y horario que debe realizar la interesada, que será determinada reglamentariamente, según el art. 28 de la Ley 11/2007, y teniendo en cuenta el Informe de la

Secretaría Técnica de la Dirección General de la Guardia Civil, que se refiere a que además del horario concepto ha de cumplir sus funciones con plena dedicación, debiendo intervenir en cualquier tiempo y lugar.

Sobre este punto se ha venido pronunciando recientemente la Sección primera de esta Sala puntualizando que *“Se considera que no puede acogerse la restrictiva interpretación realizada por la Administración y así se entiende que el art. 6.7 de la ley Orgánica 2/86 remite a la legislación sobre incompatibilidades. Los preceptos de dicha legislación que se refieren a la compatibilidad con actividades privadas son los contenidos en los artículos 11 a 15 de la ley 53/84, y la adecuada y correcta hermenéutica de estos preceptos permite extraer una serie de conclusiones: a) la incompatibilidad con el ejercicio de actividades privadas se refiere exclusivamente a aquellas “que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado” art. 11.1 en relación con el art. 1.3 ; b) existen actividades privadas que son incompatibles en todo caso, concretamente las mencionadas en el art. 12 “*

La actividad privada a que hace referencia el recurrente, de mecánico de automóviles, no se encuentra incluida en la relación de actividades prohibidas. En todo caso, la posibilidad de desempeñar una segunda actividad privada siempre está condicionada por los dispuesto en el art. 14 de la Ley 53/1984 *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.* Y por supuesto, como se establece en el art. 1.3 no puede comprometer su imparcialidad e independencia.

Por tanto, no puede reconocerse una compatibilidad absoluta. Antes de examinar el tema relativo a las retribuciones, los obstáculos que se citan por la Administración relativo a la necesidad de plena disponibilidad en su puesto de trabajo son prevenciones evidentes, y que el interesado ha de respetar. Pero no cabe denegar “a prevención” una compatibilidad, por si el interesado no cumple sus funciones o no está disponible. El control de tal disponibilidad se realizará por sus mandos y es evidente que si el recurrente obtiene una compatibilidad y ello afecta a sus funciones, no sería posible esta segunda actividad, pero en tal caso, la Administración dispone de mecanismos de control evidentes. El recurrente está obligado a cumplir de manera escrupulosa sus funciones, y solo en tal caso, y con la plena disponibilidad de horarios y jornada exigida, podría llevar a cabo una segunda actividad privada, que a priori no afectaría sus funciones por la propia naturaleza de las mismas.

QUINTO- El segundo tema que se plantea se refiere a la retribución que percibe el actor. . El art. 16 de la Ley 53/1984 dispone en su apartado 1 que :

“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 al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.”, puntualizando el apartado 4 que “ . Asimismo, por excepción y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en los artículos 1.3 , 11 , 12 y 13 de la presente Ley, podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

Por tanto, se alude a la percepción de complementos específicos o concepto equiparable, La Administración sostiene que la parte actora percibe en este caso un complemento específico anual de 9.884, 84 euros (excluida antigüedad) y el complemento específico alcanza los 8.554. 08 euros, suma que supera el 30% de sus retribuciones básicas que ascienden

No obstante, la referencia que la norma hace al complemento específico debe considerarse limitada, en el caso de la Guardia Civil, al componente singular de dicho complemento que se regula en el Real Decreto 950/2005, de 29 de julio, de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuyo artículo 4, apartado B.b) dispone lo siguiente: *"El complemento específico estará integrado por los siguientes componentes: 1º 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. 2º 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".*

Es evidente entonces que la retribución relacionada con las particulares condiciones del puesto de trabajo es el componente singular, no el general que se vincula a circunstancias

relativas al funcionario perceptor como es su empleo o categoría. En este caso, la certificación aportada detalla un CES anual de 2875.80 euros lo que no alcanza el 30 por ciento de las retribuciones básicas que como se decía ascienden a 9.884,84 euros. Y cabe recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2011 dictada en relación a un supuesto de extensión de efectos asume esta interpretación cuando dice: *"Por otra parte, el solicitante de la extensión aportó certificación de haberes acreditativa del sueldo íntegro de 718,14 euros/mes y el complemento específico singular de 131,31 euros, por lo que el porcentaje que representa este último es de 18,33%, dentro del límite legal", aceptando de este modo la solución acogida por el Auto de extensión de efectos impugnado en esa ocasión.*

El Abogado del Estado ha insistido en su escrito de contestación a la demanda que el complemento específico especial guarda equivalencia con el de plena dedicación recogido en el anterior RD 1781/1984. Este argumento no puede acogerse, puesto que tal como se viene diciendo por esta Sala la equiparación ha de hacerse al componente singular, como por otro lado confirma el TS en la Sentencia citada. Se menciona una Sentencia de la AN que ha entendido que el complemento específico ha de tenerse en cuenta en su totalidad. Este criterio no se acoge por esta Sala, que no está vinculado por el mismo, y que viene manteniendo el criterio contrario, y que ha aceptado el TS en la Sentencia dictada.

Todo ello conduce a estimar el recurso, ya que la compatibilidad solicitada para ser podólogo puede reconocerse, con estricto cumplimiento de los deberes de su puesto como Guardia Civil, sin que pueda afectar su horario o jornada, y sin que pueda actuar en asuntos relacionados o que se refieran a las actividades que se desarrolle el Cuerpo de la Guardia Civil.

SEXTO- Las costas del recurso se imponen a la Administración al ser rechazadas sus pretensiones, en base al art. 139 .1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que **estimando** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Freixa Iruela en representación de DON _____ contra Resolución de 30 de noviembre de 2015 de la Subdirección General de Recursos Humanos del Ministerio del Interior debemos anular y anulamos la misma por no ser conforme con el ordenamiento jurídico, reconociendo el derecho del recurrente a compatibilizar su función de Guardia Civil

con el ejercicio de la actividad privada de podólogo, con estricto cumplimiento de las funciones de su puesto, respeto al horario asignado y sin que pueda actuar en asuntos relacionados o que se refieran a las actividades que desarrolle el Cuerpo de la Guardia Civil. Se imponen las costas a la Administración demandada.

Notifíquese la presente resolución expresando que contra la misma cabe recurso de casación que deberá prepararse en esta Sección en plazo de diez días a contar desde el siguiente al de su notificación y para ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Procedimiento Ordinario 60/2016

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente D./Dña. CRISTINA CADENAS CORTINA, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día 21-7-2016 de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.