



Roj: **ATS 8046/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:8046A**

Id Cendoj: **28079130012017201512**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2017**

Nº de Recurso: **2454/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JESUS CUDERO BLAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 2430/2017,**
ATS 8046/2017

AUTO

En la Villa de Madrid, a 21 de julio de 2017

HECHOS

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

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

SEGUNDO. Interpuesto recurso contencioso-administrativo por don Teodosio contra la citada resolución, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Sevilla dictó sentencia el 27 de julio de 2015 (procedimiento abreviado núm. 461/2014), en la que, estimando la demanda, reconoció el derecho del recurrente a que le sea concedida la autorización de compatibilidad solicitada para el ejercicio de actividades propias de la Ingeniería Agrícola y Forestal fuera de su jornada laboral.

Considera, en suma, la sentencia que, pese a que se regule el complemento citado en el convenio colectivo, resulta de aplicación al caso la excepción contemplada en el apartado 4 del artículo 16 de la **Ley** 53/1984, de 26 de diciembre, de **Incompatibilidades** del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y ello en los siguientes términos:

«[...] No supone obstáculo alguno a la aplicación de la **Ley** de **Incompatibilidades** el hecho de que el artículo 24 del EBEP disponga que: "Las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 21 del presente Estatuto", pues ello está referido a las cuantías (sic) aplicables, pero en ningún momento se puede limitar al aplicación de la **Ley** de **Incompatibilidades** únicamente a los funcionarios, de suerte que si el convenio recoge un complemento, como es el recogido en el artículo 36.3, cuya cuantía no



supera el 30% ningún obstáculo existe para que se le aplique al personal laboral para el que rige el sistema de **incompatibilidades** en los mismos términos que para el resto del personal al servicio de la Administración Pública. [...]» (FD 3º).

TERCERO. Interpuesto por la Consejería de Hacienda de la Junta de Andalucía recurso de apelación contra la citada sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla dictó sentencia el 26 de enero de 2017 (recurso de apelación núm. 539/2015), que estima el recurso de apelación, revoca la sentencia de primera instancia y declara ajustada a Derecho la resolución administrativa impugnada.

Tras reproducir el artículo **16** de la **Ley** 53/1984, de 26 de diciembre, de **Incompatibilidades** del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas en su redacción original y en la aplicable al caso concluye lo siguiente (FD 2º):

«[...] De la interpretación de los preceptos antes transcritos no cabe extraer la consecuencia, como hace la sentencia apelada, de la compatibilidad solicitada en base a las siguientes conclusiones:

El artículo **16.4** no es de aplicación al caso, pues su razón de ser estribaba en constituir una excepción a la regla general del apartado 1 y, de alguna manera, suponía atemperar sus consecuencias, de tal manera que la redacción anterior a la modificación introducida por el EBEP permitía aun percibiéndose complemento específico o concepto equiparable, compatibilizar el puesto público con una actividad privada, siempre que las cantidades percibidas por aquel complemento retributivo no superasen en cómputo anual el 30 % de las retribuciones básicas.

Con la nueva redacción llevada a efecto por la **Ley** 7/2007, entonces aplicable, la percepción de complemento específico o equivalente que, bien incluya factor de **incompatibilidad** o, sin incluirlo, su cuantía supere en cómputo anual el 30 % de las retribuciones básicas, determina la **incompatibilidad** para el ejercicio de actividades privadas.

En definitiva, las excepciones para el ejercicio de actividades privadas son muy distintas dependiendo de la redacción del referido artículo **16.1** que apliquemos pues si es el anterior a su modificación por el EBEP, aun percibiéndose complemento específico o concepto equiparable, será posible compatibilizar el puesto público con una actividad privada, siempre que las cantidades percibidas por aquel complemento retributivo no superen en cómputo anual el 30 % de las retribuciones básicas, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad, caso contrario, como aquí ocurre, el propio convenio colectivo del personal laboral de la agencia IDEA contempla, de conformidad con el artículo 24 b) del EBEP, el factor de **incompatibilidad**, retribuido a través del complemento del puesto de trabajo, y por tanto no es posible la compatibilidad pretendida.

En tal sentido y como dice la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2014, (Rec. 67/2013): "... para la compatibilidad del ejercicio de actividades privadas, el apartado 4 del art. **16**, introducido por la **Ley** 31/1991, atiende a la percepción de "complementos específicos", o conceptos equiparable, sin hacer referencia en concreto a alguno de los factores que intervienen en la estructura de las retribuciones complementarias conforme al art. 24 b) de la **Ley** 7/2007, a diferencia del apartado 1 del art. **16**, luego de su modificación por la citada **Ley** 7/2007. Por lo que la percepción de complemento específico por importe superior al establecido en el apartado 4 para la autorización de compatibilidad, impide obtener la misma. En consecuencia, la referencia que a la percepción de retribución por el factor de **incompatibilidad** hace el apartado 1 del art. **16** (regla general) no es de aplicación al supuesto subsumible en el apartado 4 (regla especial), cuya constitucionalidad, desde la perspectiva de los arts. 9.3 y 134.2 CE fue declarada por sentencia constitucional núm. 67/2002, de 21 de marzo. "».

CUARTO. La representación procesal de don Teodosio ha preparado recurso de casación contra la sentencia que acabamos de citar en el antecedente inmediatamente anterior.

Tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como normas y jurisprudencia infringidas (i) el artículo 85 de la **Ley** 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA); la jurisprudencia de esta Sala sobre la finalidad y los límites del recurso de apelación [STS 4 de noviembre de 1996 y 17 de junio de 1993] y el artículo 24.1 CE y (ii) los artículos 14 y **16.4**, como excepción a lo dispuesto en el artículo **16.1** de la **Ley** 53/1984, de 26 de diciembre, de **Incompatibilidades** del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 24 b) de la **Ley** 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Afirma seguidamente que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. En relación con la primera de las infracciones referidas porque «[...] existiendo una Jurisprudencia reiterada



con un criterio asentado sobre la naturaleza del recurso de apelación, la Resolución impugnada, se aparta de la misma [...]». En relación con la vulneración de las normas sustantivas invocadas razona lo siguiente:

«[...] el fallo impugnado puede tener una trascendencia capital sobre un gran colectivo, los Empleados Públicos, ya que mantener el pronunciamiento del fallo [...] limitaría la aplicación de la excepcionalidad al régimen de **incompatibilidades** establecido por la Ley 53/1984, de 26 de Diciembre de **incompatibilidades** del personal al servicio de las administraciones públicas, y la limitación que se hace en relación con el Art. 24 b) del Estatuto del Empleado Público, imposibilitando el acceso a este derecho de los empleados públicos de Andalucía, y por extensión (...) por el precedente que se sentaría, al resto de los empleados públicos del país [...]; de ahí que se haga necesario un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la correcta interpretación de la cuestión jurídica objeto de la litis de origen. [...]

Y añade: «[...] que existe un legítimo interés general, ya que asentar la interpretación recaída en la sentencia que se impugna en casación, puede ser dañosa sobre intereses generales de índole social, ya que esta situación puede trascender en sí misma el caso objeto del proceso, debido a la amplitud del colectivo sobre el que pudiera tener aplicación. Es por ello que la fijación de una decisión del Tribunal Supremo, puede servir como criterio orientador a los Tribunales jerárquicamente inferiores [...]

QUINTO. La Sala sentenciadora por auto de 17 de abril de 2017 tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo. Se ha personado la Junta de Andalucía en concepto de parte recurrida.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. El artículo 16 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de **Incompatibilidades** del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, dispone, por lo que ahora interesa, lo siguiente:

*"1. No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b) del artículo 24 del presente Estatuto incluyan el factor de **incompatibilidad** (...).*

4. Asimismo, por excepción (...) podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad".

La sentencia de la Sala de Sevilla -que pretende recurrirse en casación- fundamenta el rechazo a la compatibilidad solicitada por el Sr. Teodosio, personal laboral de la agencia IDEA, en el siguiente razonamiento: el precepto transcrito parcialmente, en la redacción citada, que deriva de la reforma operada por la disposición final 3ª.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, impide autorizar el ejercicio de actividades privadas al personal funcionario, eventual o laboral que perciba "complemento específico o equivalente que, bien incluya factor de **incompatibilidad** o, sin incluirlo, su cuantía supere en cómputo anual el 30% de las retribuciones básicas".

Señalan los jueces *a quo*, en efecto, que la excepción contenida en el artículo 16.4 de aquella ley no es aplicable cuando las retribuciones complementarias incluyan el factor de **incompatibilidad** y que, por tanto, solo jugaría tal excepción en los casos en que no se remunere tal concepto, pero sí se perciban complementos específicos cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

De esta forma, siempre según la sentencia recurrida, que cita al efecto un pronunciamiento anterior de la Audiencia Nacional, la referencia al factor de **incompatibilidad** (artículo 16.1, regla general) no juega cuando el interesado perciba un complemento específico superior al porcentaje fijado (artículo 16.4, regla especial), de suerte que, en el caso de autos, no cabe el reconocimiento pretendido habida cuenta que el Convenio Colectivo de la Agencia IDEA (en la que presta sus servicios el Sr. Teodosio) contempla el factor de **incompatibilidad**, retribuido a través de complemento de puesto de trabajo.

SEGUNDO. Cumplidas en el escrito de preparación las exigencias que impone el artículo 89.2 de la LJCA, la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo entiende, coincidiendo en ello con la parte recurrente, que tienen interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la siguiente cuestión:



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

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

Entendemos necesario, en efecto, un pronunciamiento del Tribunal Supremo que determine cuál deba ser la interpretación correcta del artículo 16 de la Ley de Incompatibilidades y la forma de conciliar sus números primero y cuarto, preceptos incluidos en una norma legal que -por razones derivadas del régimen del recurso de casación anterior al actual- difícilmente podía haber sido objeto de interpretación por esta Sala Tercera a pesar del hecho notorio del extenso número de empleados públicos que pueden pretender compatibilizar sus cargos con el ejercicio de actividades privadas, circunstancia esta última que nos permite afirmar que el supuesto de hecho analizado en la sentencia recurrida trasciende del caso objeto del proceso, concurriendo de este modo el supuesto contemplado en la letra c) del artículo 88.2 de la LJCA.

TERCERO. Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de don Teodosio contra la sentencia de 26 de enero de 2017 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso de apelación núm. 539/2015.

Precisamos, tal y como la Ley Jurisdiccional exige, que la cuestión en la entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la mencionada en el razonamiento anterior e identificamos como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 16, apartados 1 y 4, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 24 b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público [artículo 24 b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público].

CUARTO. Conforme a lo dispuesto en el artículo 90.7 de la LJCA, este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. 2454/2017:

La Sección de Admisión

acuerda:

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

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

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

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

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

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



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

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

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman. D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D. Diego Cordoba Castroverde D. Jose Juan Suay Rincon D. Jesus Cudero Blas

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ