



Roj: **STSJ AND 2430/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:2430**

Id Cendoj: **41091330032017100053**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Sevilla**

Sección: **3**

Fecha: **26/01/2017**

Nº de Recurso: **539/2015**

Nº de Resolución: **117/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **PABLO VARGAS CABRERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE SEVILLA

-SECCIÓN TERCERA-

SENTENCIA

RECURSO de APELACIÓN Nº 539/2015

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES.

PRESIDENTE:

D. VICTORIANO VALPUESTA BERMUDEZ

MAGISTRADOS:

D. ELOY MENDEZ MARTINEZ

D. PABLO VARGAS CABRERA

En la ciudad de Sevilla, a veintiséis de enero de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla (Sección 3ª) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía EN NOMBRE DE S.M. EL REY, ha visto el recurso de apelación registrado con el número 539/2015, interpuesto por la CONSEJERIA DE HACIENDA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, representada y defendida por el Letrado de su Gabinete Jurídico, contra la sentencia de fecha 27 de julio de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número Dos de Sevilla en el procedimiento abreviado número 406/2012, habiendo comparecido como apelado, DON Calixto , representado y defendido por el Letrado don José Manuel Guerrero Mantel. Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. PABLO VARGAS CABRERA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que se dictó por el referido Juzgado en el procedimiento también referenciado sentencia estimatoria del recurso también señalado, interpuesto contra la resolución de fecha 3 de junio de 2014 de la Secretaría General Técnica de Administración Pública de la Junta de Andalucía, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 25 de febrero de 2014 por la que se declaró no haber lugar al reconocimiento de la compatibilidad solicitada.



SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra dicha resolución formulándose los motivos de impugnación frente a la resolución recurrida, se terminó solicitando que en su día previos los trámites legales se dictara Sentencia por la que con estimación de este recurso de apelación, se dejara sin efecto la apelada.

TERCERO.- Teniendo por presentado el recurso y acordado su traslado a la recurrida, tras la presentación por ésta de su escrito de oposición, se elevaron las actuaciones a esta Sala, en la que no habiéndose acordado el recibimiento a prueba, la celebración de vista ni la presentación de conclusiones escritas, el recurso fue declarado concluso, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento fijado al efecto para votación y fallo, que ha tenido lugar el día de ayer.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los artículos 80.3 y 85 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- **Se impugna en este recurso de apelación la sentencia que estimaba pretensión** de nulidad de la resolución de fecha 3 de junio de 2014 de la Secretaría General Técnica de Administración Pública de la Junta de Andalucía, que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 25 de febrero de 2014 por la que se declaró no haber lugar al reconocimiento de la compatibilidad solicitada .

La Administración recurrente argumenta en su escrito de apelación que la recta interpretación de lo dispuesto en el artículo 16 apartados 1 y 4 de la ley de Incompatibilidades 53/84 , debería conllevar la desestimación de la demanda.

Por su parte, la parte apelada considera correcta la decisión impugnada por los argumentos que expuso en su escrito de oposición al recurso.

SEGUNDO.- Son antecedentes fácticos y jurídicos para la adecuada resolución de esta litis, según se exponen en la sentencia aquí impugnada, los siguientes:

El recurrente, personal laboral que ejercía su actividad como técnico de la agencia IDEA, solicitó la compatibilidad para desarrollar una segunda actividad privada por cuenta propia, la de ingeniería agraria y forestal.

La administración denegó dicha petición en base a lo prevenido en el artículo 16.1 de la ley de Incompatibilidades 53/84 en relación a lo dispuesto en el artículo 36 del convenio colectivo del personal laboral, que viene a decir que el complemento regulado en el citado artículo viene destinado, entre otros, a retribuir la incompatibilidad del puesto de trabajo

El recurrente por su parte, opuso que era de aplicación el apartado 4 del señalado precepto .Y frente a esta normativa -según expone la sentencia- no supone obstáculo la aplicación de la ley 53/1984 que el artículo 24 b) del EBAEP, al que remite el referido art.16.1 del EBEP , modificado por su Disposición Final 3ª 2 de esta última norma que literalmente dice: " *La cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores: (...) b) 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.*"

La sentencia apelada entiende que este precepto está referido a las cuantías aplicables pero en ningún momento se puede limitar la 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. Finaliza la sentencia rechazando el argumento de la Junta de Andalucía en relación a que le sea descontada la suma reconocida por incompatibilidad, y ello, por cuanto no se contempla la norma en el convenio como tampoco en el EBAEP, que en el caso de que se autorice el desarrollo de una actividad por ser compatible, se produzca una reducción de complemento alguno, siendo la única previsión normativa la que autoriza ,para el caso de que dicho complemento no supere el 30%, a conceder la compatibilidad según el referido artículo 16.4.

Los preceptos concernidos acreditan la siguiente evolución.

Hasta la entrada en vigor del EBEP, el art.16 de la Ley 53/1984 , aplicable tanto a actividades públicas como privadas literalmente establecía:

"1. No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad alguna para el personal que desempeñe puestos que comporten la percepción de complementos específicos o concepto equiparable, y al retribuido por arancel .



2. ...

3. ...

4. *Asimismo, por excepción y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en los artículos 1.º 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".*

Este precepto, que originariamente recogía la prohibición absoluta y generalizada de concesión de compatibilidad a aquellos empleados que percibiesen complemento específico, fue modificado por Ley 31/1991, 30 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, que introdujo el apartado 4, disponiendo, como excepción a la regla general de prohibición, el reconocimiento de la compatibilidad a los funcionarios que desempeñasen 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.*"

Pues bien, el EBEP, como antes se dijo, en su Disposición Final 3ª² modifica el referido art.16.1 quedando el precepto de la siguiente manera:

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".

2. ...

3. ...

Y en cuanto a su apartado 4, este permaneció incólume: " *Asimismo, por excepción y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en los artículos 1.º 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.*"

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. "

Por todo ello corresponde la estimación del recurso.

TERCERO.- Al no haber, a nuestro juicio, circunstancias que justifiquen otro distinto pronunciamiento, de acuerdo con el art. 139.2 L.J.C.A. y dado el sentido de esta resolución, no procede hacer expresa imposición de las costas de esta segunda instancia.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

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

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

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra esta sentencia cabe preparar recurso de casación por escrito ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente a la notificación de la presente resolución, en los términos y con las exigencias contenidas en los artículos 86 y siguientes de la LJCA .

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe