

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2016/0007800



(01) 30967630305

Procedimiento Ordinario 0000

Demandante: D./Dña. _____ -

PROCURADOR D./Dña. JOSE JAVIER FREIXA IRUELA

Demandado: MINISTERIO DEL INTERIOR

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA núm. 000

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEXTA

Presidente:

D./Dña. M^a TERESA DELGADO VELASCO

Magistrados:

D./Dña. CRISTINA CADENAS CORTINA

D./Dña. EVA ISABEL GALLARDO MARTÍN DE BLAS

D./Dña. JOSE RAMON GIMENEZ CABEZON

En Madrid a _____ de ____ de 20__.

VISTO el presente procedimiento contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Jose Javier Freixa Iruela en nombre y representación de **D.** _____ contra la Resolución de 22.02.16 del M^o INTERIOR (Subsecretaría), sobre denegación de compatibilidad para el ejercicio de actividad privada. Habiendo sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto y admitido a trámite el recurso, y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a la parte demandante para que formalizara su demanda, lo que verificó mediante escrito en que postuló una sentencia que anulase la actuación administrativa impugnada, con reconocimiento de situación jurídica individualizada.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicó se dictase sentencia desestimatoria del presente recurso.

TERCERO.- Fijada la cuantía del pleito en indeterminada, y habiéndose acordado recibir el proceso a prueba, se tuvo por reproducida la documental aportada y, acordado trámite de conclusiones, se evacuó por las partes por su orden, quedando los autos pendientes de señalamiento.

CUARTO.- Para votación y fallo del presente recurso se señaló la audiencia del día 26 de abril de 2017, teniendo lugar.

QUINTO.- En la tramitación y orden de despacho y decisión del presente proceso se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Vistos los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente el Magistrado de la Sección Ilmo. Sr. D. José Ramón Giménez Cabezón.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en esta litis la Resolución de 22.02.16 del Mº del INTERIOR (Subsecretaría) , que deniega la solicitud de fecha 5.11.15, sobre compatibilidad para el ejercicio de actividad privada (artista-torero/ banderillero) del recurrente, Guardia Civil con destino en el puesto de _____ de la Comandancia de Madrid de la Guardia Civil .

La Resolución se dictó, previo informe del Jefe de la Unidad de destino, obrando en el expediente, además, certificado oficial relativo a las retribuciones del actor a efectos de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 53/1984.

La Resolución dictada desestima la solicitud haciendo referencia al complemento específico percibido y se remite 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 y que la actividad a realizar guarda relación directa con las funciones que realiza en su destino. Por ello se deniega, en síntesis, la compatibilidad solicitada.

SEGUNDO. El objeto del presente recurso se centra en determinar si el actor tiene derecho, conforme a la norma aplicable, a que se le reconozca el derecho a desarrollar la actividad privada de artista-torero/ banderillero, en los términos que explicita, sin interferencia horaria.

La parte actora alega, en esencia, que puesto que el artículo 6.7 de la Ley Orgánica 2/1986 se remite a la Ley 53/1984 en sus artículos 11 al 15 y por tanto la compatibilidad debe apreciarse en relación con las tareas propias del Departamento en el que desempeñe sus funciones habitualmente, y que hay actividades incompatibles en todo caso, y otras son compatibles también en todo caso, no siendo incompatible el ejercicio de la actividad solicitada con el desempeño regular de sus funciones en relación con el artículo 11. Invoca Sentencias de esta misma Sala y Sección. En cuanto a la compatibilidad en razón del CES percibido por el actor afirma que percibe una cantidad muy por debajo del 30% de las retribuciones básicas.

El Abogado del Estado alega, en esencia, que son aplicables los artículos 16 de la Ley 53/1984 y del 13 del R.D. 517/1986 y considera que únicamente puede interpretarse que la compatibilidad es posible cuando la cuantía de los conceptos retributivos integrados en el Complemento Específico que percibe el Guardia Civil no supere el límite del 30% de las retribuciones básicas. En todo caso debe asegurar el funcionario que va a determinar los límites de la nueva actividad.

TERCERO.- Debe ahora significarse que la cuestión a debate ha sido objeto de pronunciamiento reiterado por esta Sala (Secciones 1ª y 6ª) en sentido estimatorio, con carácter general, para las tesis actoras, siempre que se respeten los requisitos legales al respecto y con las cautelas legales pertinentes, criterio y solución que debe aquí asumirse, en aras también a la igualdad en la aplicación de las normas, unidad de doctrina y seguridad jurídica, toda vez que no se nos aportan nuevos argumentos o fundamentos que nos lleven a modificar o variar la solución dada a la presente cuestión controvertida.

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 el interesado que serán determinados 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 no se encuentra incluido en la relación de actividades prohibidas.

Así no se ha probado que concurra ninguno de dichos supuestos que la impidan, por lo que, en principio, no existiría impedimento alguno para su ejercicio, máxime teniendo en cuenta que el pronunciamiento de este Tribunal ya exige una serie de limitaciones al ejercicio de la actividad privada que se autoriza.

En todo caso, la posibilidad de desempeñar una segunda actividad privada siempre está condicionada por lo dispuesto en el art. 14 de la Ley 53/1984, a cuyo tenor 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, puesto que 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 en el caso del ejercicio privado de la actividad referida por el recurrente se ha venido reconociendo por nuestros Tribunales, como actividad en sí misma compatible.

Así, y respecto de la propia actividad de actividad similar (músico), se han pronunciado en sentido asimismo estimatorio las sentencias de la Sección 1ª de esta Sala de fechas 30.12.15 (PO 681/15) y 23.03.16 (PO 1034/15), ésta última respecto además de actividades artísticas, así como la reciente de esta Sección en PO 364/16.

En el presente caso, concurre además la circunstancia de que, conforme al informe oficial correspondiente (folio 5 del expediente), la actividad privada a desarrollar no está en principio relacionada directamente con el servicio público desempeñado, frente a lo expresado por el acto impugnado, que llevaría a entender incompatible cualquier actividad desarrollada por un Guardia Civil, dados sus cometidos en el mantenimiento del orden público.

QUINTO. - El segundo tema que se plantea se refiere a la retribución que percibe el recurrente. 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 y la Administración sostiene que el aquí recurrente percibe en este caso un complemento específico anual que supera el 30% de sus retribuciones básicas.

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 componente singular del CES anual de 2.227,20 euros, cantidad esta que no alcanza el 30 por ciento de las retribuciones básicas que ascienden a 8.554,08 euros, excluida antigüedad.

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 recogida 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, reconociendo el derecho a compatibilizar la actividad de guardia civil con la privada solicitada, pero en todo caso, con estricto cumplimiento de los deberes de su puesto como Guardia Civil, sin que pueda afectar a su

horario o jornada, y sin que pueda actuar en asuntos relacionados o que se refieren a las actividades que desarrolle el Cuerpo de la Guardia Civil .

En consecuencia con lo anterior, procede pues la estimación del presente recurso, en los términos señalados, dada la ya muy reiterada doctrina de la Sala sobre la materia.

SEXTO.- Las costas deben imponerse a la Administración demandada por el principio del vencimiento, dado el resultado del debate (artº 139.1 LJCA), no apreciándose la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición, debiendo abonar la Administración a la actora la suma total de 400 euros, en conceptos de costas de Procurador y Letrado (artº 139.3 y siguientes LJCA), en función de la actuación desarrollada.

En su virtud, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confieren la Constitución y el pueblo español,

FALLAMOS

1.- **ESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo 0000, interpuesto por el Procurador D. Jose Javier Freixa Iruela en nombre y representación de **D. _____**, contra la Resolución de 22.02.16 del Mº del INTERIOR (Subsecretaría), que deniega la solicitud de 5.11.15, sobre compatibilidad para el ejercicio de actividad privada del recurrente, actuación administrativa que en consecuencia revocamos y anulamos en cuanto no ajustada a Derecho, reconociendo el derecho del recurrente a compatibilizar su función de Guardia Civil con el ejercicio de la actividad privada de artista-torero/ banderillero, con estricto cumplimiento de las funciones de su puesto, respeto al horario y jornada asignados y sin que pueda actuar en asuntos relacionados o que se refieran a las actividades que desarrolle el Cuerpo de la Guardia Civil.

2.- Imponer a la parte demandada las costas del presente recurso, en los términos del Fº Jº 6º de esta sentencia.

Contra la presente sentencia cabe interponer Recurso de Casación, dentro de los TREINTA días siguientes al de su notificación, a preparar ante esta Sala (artículos 86 y 89 LJCA, en la redacción dada por la Disposición Final 3ª de la Ley Orgánica 7/15, de 21-07, modificativa de la LOPJ).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Procedimiento Ordinario 000000

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente D./Dña. JOSE RAMON GIMENEZ CABEZON, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día 08 de mayo de 2017 de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/General Rodrigo 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61 Fax 91 266 69 58
consultas@suarezvaldes.es
www.suarezvaldes.es