



ASUNTO: PERSONAL/INCOMPATIBILIDADES

Incompatibilidad de funcionario interino para el ejercicio de actividad privada

276/15

F

INFORME

I. HECHOS. ANTECEDENTES.-

Por el Ayuntamiento de Referencia se nos plantea la posible incompatibilidad de la arquitecta municipal, funcionaria interina, por haber realizado actividades privadas sin tener reconocida la compatibilidad.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE.-

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL).
- Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por RD legislativo 781/86.
- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de personal al servicio de las Administraciones Públicas.
- 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.



III. FONDO DEL ASUNTO.

El régimen jurídico de las incompatibilidades o compatibilidades viene determinado expresamente conforme recoge el artículo 149.1.18ª de la Constitución Española en relación con el artículo 103.3 de dicha norma fundamental por la legislación básica estatal que a este respecto está contenida en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de personal al servicio de las Administraciones Públicas, siendo aplicable tanto al personal funcionario, incluidos los funcionarios interinos, como al personal eventual y al personal de naturaleza laboral.

Este régimen de incompatibilidades de los empleados públicos presenta dos objetivos fundamentales:

- a) La dedicación de dichos empleados a un solo puesto de trabajo público.
- b) El respeto al ejercicio de las actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su objetividad, imparcialidad o independencia.

Esta Ley, en su artículo 2.2 incluye dentro de su ámbito de aplicación *"todo el personal, cualquiera sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo"*. También se verían afectados por el apartado 3 del artículo 1 de dicha Ley que proscribiera cualquier cargo profesión o actividad que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes y *"comprometer su imparcialidad e independencia"* y finalmente por el artículo 11 de la misma Ley.

Por otra parte, la regulación de esta Ley exige de los servidores públicos un esfuerzo testimonial de ejemplaridad ante los ciudadanos, constituyendo en este sentido un importante avance hacia la solidaridad, la moralización de la vida pública y la eficacia de la Administración.

En la materia que nos ocupa nada, o casi nada, ha regulado el hoy derogado Estatuto Básico del Empleado Público que remite expresamente a la arriba citada Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones



Públicas (LIPSAP). Debiéndose hacer la misma afirmación sobre el vigente 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 y que, a los efectos que nos ocupa, tan solo, en su Disposición Final Tercera, introduce una modificación del artículo 16.1 de la Ley 53/1984 en el sentido de prohibir autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir incluyan el factor de incompatibilidad.

En consecuencia, todo se reconduce a la regulación efectuada por la LIPSAP. Dicha norma, en sus artículos 11 al 15 regula el ejercicio de actividades privadas por parte del personal al que le es de aplicación. Y entre ellos a los funcionarios públicos de la administración local.

Ya el apartado 1 del artículo 11 niega la mayor cuando prohíbe el ejercicio de "*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*", exceptuando de dicha prohibición las actividades particulares que, en ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para si los directamente interesados.

Por su parte, el artículo 12 de la LIPSAP endurece más esta prohibición al establecer cuatro supuestos en los que el ejercicio de actividades privadas no resulta compatible:

"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, en los asuntos en que este 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 este directamente relacionada con las que gestione el departamento, organismo o entidad en que preste sus servicios el personal afectado.

c. El desempeño, por si o 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 aquellas.

d. La participación superior al 10 % en el capital de las empresas o sociedades a que se refiere el párrafo anterior."

En todo caso, la autorización para el ejercicio de actividades privadas no puede ser autorizada bajo ningún concepto si las retribuciones complementarias superan los umbrales que a continuación diremos o si dichas retribuciones, vía relación de puestos de trabajo, conllevan el componente incompatibilidad.

En efecto, el artículo 16 de la LIPSAP es tan contundente que de no poder superarse con carácter previo sobre la consideración de cualquier otra circunstancia:

"a) 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.

b) Se exceptúan las autorizaciones de compatibilidad para ejercer como profesor universitario asociado, así como para realizar las actividades de investigación o asesoramiento a que se refiere el artículo 6 de la Ley, salvo para el personal docente universitario a tiempo completo (tampoco es el caso).



c) Por excepción, podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades (públicas o privadas) al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos (sin ningún tipo de excepción) cuya cuantía no supere el 30% de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.”

La propia LIPSAP en su artículo 13 establece que 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.

El artículo 12, como hemos visto, nos describe las actividades que el personal comprendido en el ámbito de aplicación de este Ley no podrá ejercer, incluyendo entre ellas 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, en los asuntos en 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.

Vemos que la Ley de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas está redactada con criterios ciertamente rigurosos, pues afecta a todo tipo de personal, cualquiera que sea la relación que le une con la Administración, ya sea laboral, funcionarial, de arrendamiento de servicios e incluso de naturaleza político- representativa. Afecta a todo tipo de actividad sea puntual o continuada y a todo tipo de retribuciones. Por ello puede decirse que la compatibilidad es la excepción y que ha de acreditarse o solicitarse y en definitiva, los citados profesionales ni pueden ni deben presentar proyectos por ellos firmados que sirvan de base al otorgamiento de licencias urbanísticas o de cualquier clase, incluso aunque fueran informados por otros técnicos, lo prohíben sus propias normas colegiales y también la LIF. Estas situaciones, por muy estricto que se sea, ponen en entredicho la ética profesional.



Con independencia de lo anterior, fueron los Colegios Profesionales los primeros en prohibir e incompatibilizar a los profesionales que estaban en esta situación, y así para el profesional que nos ocupa, el Reglamento de Normas Deontológicas de Actuación Profesional de los Arquitectos, actualizado por acuerdo de la Asamblea General del Consejo Superior de Colegios, con fecha 28 de noviembre de 2003, en su artículo 25, dispone:

"Ningún arquitecto podrá aceptar encargo o asumir cargo alguno en condiciones de incompatibilidad. Se entiende que existe situación de incompatibilidad, además de cuando legalmente esté establecida, cuando exista colisión de derechos, e intereses que puedan colocar al arquitecto en una posición equivocada implicando un riesgo para su rectitud o independencia. El ejercicio de la profesión por quien estuviere en situación de incompatibilidad, se considerará especialmente falta profesional, sin perjuicio de las actuaciones legales procedentes."

En el sentido apuntado, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1985 se señala que no existe garantía contra la situación de posible aprovechamiento que implica, con respecto a los demás profesionales, la posición que en el Ayuntamiento ocupan en orden a la obtención de clientes, situación objetiva que, admitiendo no sea buscada por los técnicos, incide en la calidad ética de la actividad municipal relativa a la concesión de licencias y control de las obras que se ejecuten en el término municipal. Aspecto ético de evidente relevancia, en relación a los principios de justicia y objetividad que ha de regir la actividad administrativa, que impiden interpretar las incompatibilidades como estrictamente limitadas a las coincidencias de horarios, dedicación parcial, retribuciones, etc., con olvido del perjuicio moral que sufren los servicios municipales, sin que el hecho de que se abstengan de intervenir cuando se trate de proyectos de los que son autores sea motivo suficiente para eludir la incompatibilidad.

En definitiva, los citados profesionales ni pueden ni deben presentar proyectos por ellos firmados que sirvan de base al otorgamiento de licencias urbanísticas o de cualquier clase, incluso aunque fueran informados por otros técnicos, lo prohíben como hemos señalado, sus propias normas colegiales y también la LIF.



Respecto a la posible comisión de faltas por el ejercicio de actividad incompatible, es preciso matizar que esa incompatibilidad, legal y deontológica, alcanzará al ámbito territorial y competencial del municipio en el que preste sus servicios como "arquitecto municipal". La cuestión ahora estriba si existe o puede ser declarada la compatibilidad para el ejercicio de la profesión fuera de ese ámbito territorial. A tales efectos, debemos remitirnos con carácter general, a lo dispuesto tanto en el artículo 16 de la 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de personal al servicio de las Administraciones Públicas, como al artículo 24 del TRLEPEP :

Artículo Dieciséis. Ley 53/1984

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 (EBEP) 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. A efectos de lo dispuesto en el presente artículo, la dedicación del profesorado universitario a tiempo completo tiene la consideración de especial dedicación.

3. Se exceptúan de la prohibición enunciada en el apartado 1 las autorizaciones de compatibilidad para ejercer como profesor universitario asociado en los términos del apartado 1 del artículo 4, así como para realizar las actividades de investigación o asesoramiento a que se refiere el artículo 6. de esta Ley, salvo para el personal docente universitario a tiempo completo.

4. 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 al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30% de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.



Artículo 24. Retribuciones complementarias. TRLEPEP

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:

- a. La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa.*
- 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.*
- c. El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos.*
- d. Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.*

Por tanto, a efecto de poder o no declarar la compatibilidad a la referida arquitecta municipal deberá conocerse si se cumplen o no los requisitos establecidos en los preceptos citados.

Por último, respecto a si el ejercicio de la citada actividad supone una infracción muy grave de acuerdo con el régimen de infracciones y sanciones del TRLEBEP, parece que partimos ya del hecho cierto que la referida funcionaria haya ejercido su profesión en el régimen de incompatibilidad territorial y competencial al que antes aludíamos. A este respecto, es de destacar en primer lugar que el artículo 53 del TRLEBEP exige en su apartado 5 de los empleados públicos: Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público.

Y ya más específicamente en el ámbito sancionador, el artículo 95 del propio TRLEBEP considera como falta muy grave el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad.



III. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas tienen incompatibilidad para el ejercicio de actividades privadas. No obstante, previa petición del interesado, podrá reconocerse la compatibilidad cuando cumpla estas dos condiciones:

Que sus retribuciones complementarias NO incluyan el factor de incompatibilidad

Que la cuantía del complemento específico no supere el 30% de su retribución básica

SEGUNDA.- Cuando un empleado público ejerza actividades para las que no ha sido declara su compatibilidad por la Administración a la que pertenece, está incurso en una infracción tipificada como muy grave por el TRLEBEP. Infracción que habrá de ser apreciada, y en su caso, sancionada mediante el correspondiente expediente disciplinario instruido al efecto.