

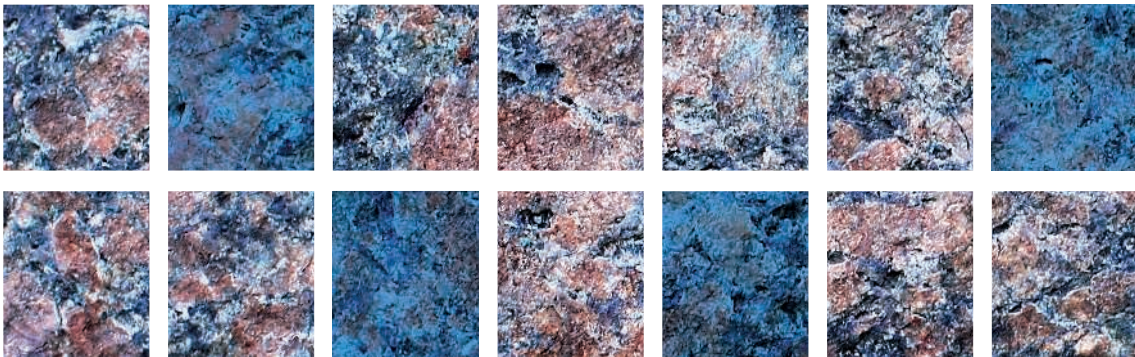
■ BOSCH

El régimen de las incompatibilidades de los empleados públicos

Análisis práctico de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre
Recopilación normativa y selección jurisprudencial

3.ª Edición

Joaquín Meseguer Yebra



El régimen de las incompatibilidades de los empleados públicos

Análisis práctico de la Ley 53/1984,
de 26 de diciembre

Recopilación normativa
y selección jurisprudencial

3.^a Edición

Joaquín Meseguer Yebra

© **Joaquín Meseguer Yebra**, 2018
© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Tercera edición: Octubre 2018

Depósito Legal: M-30412-2018

ISBN versión impresa: 978-84-9090-331-5

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-332-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

3. LA DIRECCIÓN DE SEMINARIOS, DICTADO DE CURSOS EN CENTROS OFICIALES DE FORMACIÓN DE FUNCIONARIOS O PROFESORADO, CUANDO NO TENGAN CARÁCTER PERMANENTE O HABITUAL, ASÍ COMO LA PREPARACIÓN PARA EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

La dedicación más allá de setenta y cinco horas anuales a la dirección de seminarios o el dictado de cursos o conferencias en Centros oficiales destinados a la formación de funcionarios o profesorado requerirá previa resolución de compatibilidad ⁴⁸⁵.

La mayor parte de la doctrina resalta lo absurdo de exceptuar la preparación para el acceso a la función pública para limitarla, seguidamente, a setenta y cinco horas anuales (art. 17.2 del RDI), cuando resulta casi imposible su comprobación ⁴⁸⁶. Garrido Falla prefería no comentar esta previsión, decía, para evitar que algún «oyente» suspicaz pensara que estaba hablando en broma ⁴⁸⁷. Semejante podría haber sido el comentario si el insigne profesor hubiera analizado la propuesta que incluía el EBF, en que se condicionaba la excepción a que las retribuciones que se percibieran por esta actividad durante cada año natural fueran inferiores al 25 por 100 de la totalidad de las retribuciones anuales que se percibieran en la actividad pública. Este límite recuerda al que en términos semejantes se recoge en el art. 33.3 del RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, que al regular las asistencias por la colaboración en actividades de formación y perfeccionamiento, manifiesta que en ningún caso se podrá percibir por el conjunto de las mismas, durante cada año natural, una cantidad superior al 25 por 100 de las retribuciones anuales, excluidas las de carácter personal derivadas de la antigüedad, que correspondan al colaborador por el puesto de trabajo principal ⁴⁸⁸.

El Decreto canario 150/1990, de 31 de julio, por su parte, determina los casos y formas de aplicación de las actividades exceptuadas del régimen de incompatibilidades por el art. 19 b) de la LI. El inicio de sus actividades por parte del Instituto Canario de Administración Pública planteaba una determinada problemática por lo que se refería al ejercicio de las funciones de formación de funcionarios y de preparación para el acceso a la función pública, lo que aconsejaba la dedicación más intensa y posible a dichas actividades de los funcionarios más cualificados con mayor experiencia. Esta norma amplía a ciento cincuenta

485. El art. 33 del RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, regula las asistencias por la colaboración en actividades de formación y perfeccionamiento.

486. Ob. cit., SARMIENTO LARRAURI, José Ignacio, «Las incompatibilidades para el personal...», p. 2413.

487. Ob. cit., GARRIDO FALLA, Fernando, «Las incompatibilidades de los funcionarios públicos», p. 135.

488. Para el caso de asistencias en tribunales y órganos de selección de personal el límite se fija en un 20 por 100 (art. 32 del RD 462/2002, de 24 de mayo).

horas anuales (por encima de las setenta y cinco del RDI) los límites para la preparación para el acceso a la función pública.

Algunas administraciones han ensayado —con poco éxito, todo hay que decirlo— fórmulas para que, aun estando esta actividad exceptuada del régimen de incompatibilidades, no se pueda realizar en el horario coincidente con la jornada laboral⁴⁸⁹ o que la retribución que se obtenga, se deduzca de la percibida por el desempeño del puesto de trabajo. Aquellas que han experimentado alguna de estas medidas han provocado por lo general una huida generalizada de formadores-funcionarios que no ven ningún beneficio en realizar esta actividad si se les exige mayor dedicación horaria o se les priva de compensación económica (hay que tener en cuenta que esta actividad ocupa un tiempo nada desdeñable en la preparación de contenidos, la actualización y especialización permanente, etc., tareas que no son sufragadas en la mayor parte de los casos por la propia Administración).

Por otro lado, siempre ha sido muy comentado el fraude relativo a la actividad de preparación de opositores, tanto en su dimensión fiscal como desde la perspectiva del régimen de incompatibilidades⁴⁹⁰.

4. LA PARTICIPACIÓN EN TRIBUNALES CALIFICADORES DE PRUEBAS SELECTIVAS PARA INGRESO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El art. 17.2 del RDI manifiesta que la preparación para el acceso a la función pública implicará en todo caso incompatibilidad para formar parte de órganos de selección del personal en los términos que prevé el art. 12.3 del RD 2223/1984, de 19 de diciembre, referencia que hay que entender hecha en la actualidad al art. 13.2 del RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado⁴⁹¹, que establece que no podrán formar parte de los órganos de selección aquellos funcionarios que hubiesen realizado tareas de preparación de aspirantes a pruebas selectivas en los cinco años anteriores a la publicación de la correspondiente convocatoria.

489. Manifiesta la STSJ de Andalucía núm. 1164/2016, de 25 de abril, que parece coherente que el margen horario en que se permita la realización de esta actividad o de cualquiera de las citadas en el art. 19, se sitúe fuera de la jornada de trabajo del empleado.

490. «El negocio (no siempre limpio) de preparar a los opositores». Eldiario.es. Edición de 11 de abril de 2017.

491. Los arts. 29 a 32 del RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, regulan las asistencias de los miembros de tribunales y concursos.

5. LA PARTICIPACIÓN DEL PERSONAL DOCENTE EN EXÁMENES, PRUEBAS O EVALUACIONES DISTINTAS DE LAS QUE HABITUALMENTE LES CORRESPONDAN

Podríamos citar la colaboración de este personal en las pruebas de selectividad o de la EBAU, para el acceso a la Universidad, comisiones evaluadoras para determinar los sexenios de investigación, complementos autonómicos, pruebas de habilitación y acreditación para el acceso a cuerpos docentes universitarios, etc.

6. EL EJERCICIO DEL CARGO DE PRESIDENTE, VOCAL O MIEMBRO DE JUNTAS RECTORAS DE MUTUALIDADES O PATRONATOS DE FUNCIONARIOS, SIEMPRE QUE NO SEA RETRIBUIDO

El EBFP añadía a esta relación de cargos el de Presidente, Vocal o Miembro de los Patronatos de las Fundaciones⁴⁹². Fernández Rodríguez⁴⁹³ opina que este supuesto no debería incluirse por cuanto aquellos habían de ejercer su cargo gratuitamente de conformidad con el derogado art. 13.4 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General⁴⁹⁴. Nosotros creemos, por el contrario, que la mención no sobra por cuando las incompatibilidades, ya lo hemos visto, no deben entenderse únicamente desde una perspectiva económica, sino también funcional. La imparcialidad, pues, puede resultar afectada no solo cuando la actividad secundaria a realizar es retribuida, ya que muchas veces el mayor interés o beneficio que anima el desempeño de una actividad o puesto excede de lo meramente pecuniario. No retribuida debía ser, también, la colaboración en organizaciones no gubernamentales (ONGs) que tanto el EBFP como el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, aprobado el 25 de abril de 2005, y la enmienda núm. 431 presentada por el Grupo parlamentario Popular al proyecto de Ley del EBEP, sugerían como nueva excepción al régimen de incompatibilidades, siempre que no impidiera o menoscabase el estricto cumplimiento de los deberes o comprometiera la imparcialidad o independencia del empleado público.

492. *Vid.* Informe 64/04, de 11 de marzo de 2005, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

493. *Ob. cit.*, «La ordenación de las incompatibilidades...», p. 73.

494. Esta Ley, citada por la autora referida, ha sido prácticamente derogada en su totalidad por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. En su art. 15.4 dispone que los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función. No obstante, y salvo que el fundador hubiese dispuesto lo contrario, el Patronato podrá fijar una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato, previa autorización del Protectorado.

7. LA PRODUCCIÓN Y CREACIÓN LITERARIA, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA Y TÉCNICA, ASÍ COMO LAS PUBLICACIONES DERIVADAS DE AQUELLAS, SIEMPRE QUE NO SE FUNDAMENTEN EN UNA RELACIÓN DE EMPLEO O DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Quizá sea este el supuesto de actividad exceptuada más complejo, por las dificultades para delimitarlo con respecto a otras actividades, estas sí, sujetas a previo reconocimiento de compatibilidad. La STSJ de País Vasco núm. 329/2011, de 10 de mayo, por ejemplo, considera que una actividad artística está exceptuada del régimen de incompatibilidades por ejecutarse independientemente, sin ajenidad o dependencia de terceros, con carácter no lucrativo y con el único fin de dar a conocer su obra. Por su parte, la STSJ de Canarias núm. 375/2007, de 9 de noviembre, considera que este enunciado se refiere implícitamente también a la venta de la producción y creación artística. Todos los supuestos exceptuados en este párrafo se refieren a actividades susceptibles de generar un rendimiento económico, pese a lo cual se exceptúan del régimen de incompatibilidades. Carecería de sentido, dice el tribunal, que la excepción se refiriera a que no es necesario pedir compatibilidad para poder pintar cuadros en los momentos de ocio.

En este párrafo ha de entenderse comprendido también el supuesto de participación como miembro de jurados en concursos y certámenes, de acuerdo con lo que señala el Criterio de Aplicación 8/1985 de la IGSAP⁴⁹⁵. El EBFP lo relacionaba expresamente como un supuesto más de actividad exceptuada de compatibilidad.

Que en la descripción de este tipo se haga la salvedad de aquella producción realizada como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios para nada afecta a la libertad de expresión, según dispone la STC núm. 178/1989,

495. CRITERIO DE APLICACIÓN 8/1985

La adjudicación de los premios convocados en los concursos de carácter cultural, científico o artístico exige un riguroso procedimiento de selección que solo gozará de la necesaria garantía cuando los integrantes de los correspondientes Tribunales o Jurados estén dotados de la suficiente capacidad y preparación. Ello obliga a que la designación de los miembros de estos se efectúa entre los profesionales más aptos, que en muchas ocasiones prestan sus servicios en el sector público.

El ejercicio de la función de jurado, que tiene carácter ocasional, requiere una dedicación que va más allá de las simples deliberaciones, entrando de lleno en el estudio y examen pormenorizado de los trabajos presentados, con la consiguiente ocupación de tiempo libre que puede ser objeto de compensación económica y la ausencia de dicha compensación, podría hacer inviable la celebración de algunos certámenes, con las debidas garantías.

Resulta evidente, por otra parte, que dicha actividad, que como se ha dicho y por su propio carácter es esporádica y solo en ocasiones conlleva una retribución por la vía de la gratificación, no debe entenderse como sometida al sistema de incompatibilidades.

Dado que la designación de los miembros de los jurados se lleva a cabo precisamente en base a su pertenencia a los medios literarios, artísticos, científicos o técnicos o en otro caso al profundo conocimiento que poseen de los mismos, se considera procedente efectuar una interpretación extensiva del apartado f) del artículo 19 de la Ley 53/84, de 26 de diciembre, quedando en consecuencia, exceptuada del régimen de incompatibilidades la actividad de miembro de un Jurado.

de 2 de noviembre, lo que parece exigir una especie de no permanencia o estabilidad en dicha actividad. Así lo entiende la SAN de 11 de marzo de 1999, al valorar la naturaleza civil (no laboral) del contrato que ligaba a un funcionario con una conocida editorial, y el carácter discontinuo, eventual y esporádico de la actividad, por la que había sido compensado con una cantidad irrelevante no constitutiva de percepción salarial.

La producción científica derivada de los «ensayos clínicos con medicamentos», previstos en el RD 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos, que exigen la suscripción de un contrato entre la Dirección del Centro donde se realizará el ensayo y el promotor del mismo, se entienden incluidas en esta excepción. Las compensaciones económicas que recibe el investigador principal no comportan la existencia de relación de empleo o de prestación de servicios con la industria privada promotora.

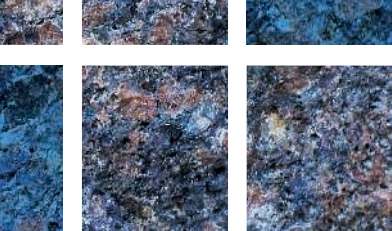
Es sabido, por otra parte, el (ab)uso de este supuesto exceptuado en el ámbito de la comunidad universitaria que, bajo el ropaje de este tipo de «creaciones» exceptuadas de la necesidad de recabar autorización o reconocimiento de compatibilidad, lleva a cabo actividades que, de ser realizadas por otro tipo de empleado público, estarían claramente sujetas a este régimen ⁴⁹⁶.

496. Lo relata bien, en tono irónico, el profesor Andrés BOIX PALOP, en el blog «La página definitiva» (entrada del 31 de enero de 2015: «El loco mundo de las incompatibilidades de los profesores de Universidad»): «Realizar un informe o dictamen puede considerarse una «actividad privada de asesoría» o quizás, en ciertos casos, estar cubierta por la «creación intelectual», dependiendo de cómo entendamos cada caso y la amplitud con la consideremos que han de interpretarse la excepciones (...)

...la norma es absurda e incoherente, como he tratado de explicar... y entre eso y la cara dura consustancial a parte del gremio hay un masivo incumplimiento que se suele amparar en entender que el art.19 cubre muchas más cosas de las que razonablemente parece cubrir. Son muchísimos los profesores que dan más de 75 horas de cursos varios al año, es dudoso que cierta docencia reglada en Universidades públicas o privadas diferentes a la de origen puede entrar en la definición del precepto y, sobre todo, lo de la «creación intelectual, artística, científica y literaria» da mucho juego en manos de quienes no quieren pedir compatibilidad, ni pasar por las instituciones universitarias creadas al efecto para permitir lo prohibido a cambio de una módica (la verdad es que muy humilde, por otro lado) parte del botín (o justa retribución) logrado con el trabajo realizado. Hay verdaderos virtuosos de esto, que te explican que no es lo mismo un «dictamen» (que debería pasar por las horcas caudinas del peaje asociado a la transferencia de conocimiento) que un «trabajo de estudio de un supuesto de hecho» que sería mera creación intelectual y que, oye, si alguien la quiere pagar y adquirir para darle el uso que considere oportuno... Pero como esto no se suele controlar por la propia Universidad, ni judicializar, ni es objeto de polémica, no tenemos excesiva jurisprudencia que nos ayude a identificar los exactos límites de lo que cabe dentro del artículo 19 de la Ley de Incompatibilidades y lo que no» <http://www.lapaginadefinitiva.com/aboix/?p=1140>.

No compromete esta labor el ejercicio de las funciones públicas, incluso aunque se trate de la misma labor de publicación que exija tareas comerciales y no solo intelectuales (STSJ de Andalucía de 2 de octubre de 1998)⁴⁹⁷.

497. Sirva como anécdota la noticia publicada en *El País* el 18 de enero de 1984, estando vigente aún la Ley 20/1982, de 9 de junio, de Incompatibilidades en el sector público: «Una disposición oficial según la cual deben ser retiradas de la venta en los 84 museos españoles las obras de divulgación realizadas por funcionarios fijos o contratados de esas entidades del Ministerio de Cultura entró en vigor el pasado 14 de diciembre de 1983, sigue vigente y puede acarrear perjuicios a investigadores y conservadores que dedican parte de su trabajo a preparar publicaciones sobre el objeto de su dedicación, aunque este temor procede, según el subsecretario del Ministerio de Cultura, de una interpretación estricta de una comunicación cuyo contenido «no ha sido claro» y que en la actualidad se está revisando. Según la comunicación del Ministerio de Cultura, las obras de los funcionarios sobre los propios museos no podrán ser expuestas ni vendidas en las dependencias de los museos. El director general de Bellas Artes del Ministerio de Cultura, Manuel Fernández Miranda, que ha emitido la circular, consideró ayer que esta interpretación de la ley de Incompatibilidades debe ser revisada, porque puede tener consecuencias aberrantes. En efecto, el subsecretario de Cultura, Mario Trinidad, manifestó que el espíritu de la norma es el de evitar que no aparezca como guía oficial de un centro museístico el trabajo de un funcionario publicado por una empresa privada. «Se trata de que no se use el cargo para privilegiar las obras de divulgación presentándolas como oficiales cuando no lo son en realidad». La comunicación de Cultura no distingue, entre obras de divulgación y de investigación, lo que ha creado una confusión y un desconcierto, que Cultura se propone remediar. La disposición en virtud de la cual se prohíbe la difusión en los museos españoles de las obras de sus propios directores, conservadores o funcionarios en general relativas al contenido de las entidades en las que trabajan procede, según Fernández Miranda, del Ministerio de Hacienda, que la cursó a la Subsecretaría de Cultura y que ha tenido en él al transmisor. El Museo del Prado, concretamente, recibió la norma y procedió a retirar al menos tres de los trabajos más importantes que funcionarios de la entidad han realizado en los últimos años: la guía completa del museo realizada por la subdirectora, Manuela Mena, el estudio sobre pintura flamenca del conservador Matías Díaz Padrón y la obra del propio director del Prado sobre dibujos de Goya. Alfonso E. Pérez Sánchez, director de la principal pinacoteca no quiso entrar ayer a juzgar el contenido de la normativa, pero señaló que la puesta en práctica de la norma «beneficia a autores menos preparados o a editores menos escrupulosos». La disposición transmitida por Bellas Artes y considerada «poco adecuada» por su propio emisor señala que el subsecretario de Cultura envió el 1 de diciembre un escrito en el que se lee: «Esta Subsecretaría tuvo conocimiento en su día de que en los puestos de venta de publicaciones del Museo del Prado figuraban determinadas publicaciones editadas por empresas privadas en las que se hacía constar la condición de funcionarios de sus autores, lo cual estaba en clara contradicción, con el artículo 52 de la vigente ley de Incompatibilidades en el Sector Público». La prohibición de la venta de esos libros no debe circunscribirse solo a la principal pinacoteca, porque «no sería equitativo», por lo que se cursan instrucciones a los restantes museos para que «se retire de los puestos de venta todas aquellas publicaciones que, editadas por entidades privadas, sean sus autores funcionarios o personal contratado en las que se ponga de manifiesto dicha condición», para que «se remitan a esta Subsecretaría fotocopias de los contratos que en su caso debieron firmar los autores con las entidades o editoriales privadas por si pudiesen tener relevancia en materia de incompatibilidades», y para recordar «a todo el personal dependiente de los museos la necesidad de solicitar de esta Subsecretaría la autorización correspondiente para realizar cualquier otra actividad pública o privada diferente de las derivadas del cargo que ocupe». Fernández Miranda explicó que hará lo posible por cambiar esta norma, la aplicación de cuya



Ve la luz esta tercera edición tras once intensos años de doctrina y jurisprudencia acerca de esta breve, compleja y longeva ley, reguladora de uno de los aspectos más trascendentales del empleo público. Tales notas, unidas a las finalidades que esta norma persigue —garantizar la integridad de los servidores públicos y su desempeño óptimo—, le confieren una relevancia única y de primer orden.

Son innumerables los aspectos que han evolucionado en los últimos tiempos, relacionados todos ellos con la gestión del régimen de incompatibilidades, que hacen de esta obra una referencia de consulta imprescindible en el ámbito jurídico. En sus páginas, con un enfoque eminentemente práctico, se exponen y analizan todas y cada una de las alternativas que manejan las diferentes administraciones para la resolución de las numerosas dudas que sigue suscitando esta ley. Y no lo hace solo con respecto al personal que integra los cuerpos y escalas generales, sino que dedica un espacio importante a colectivos como el personal docente e investigador de las Universidades, los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o el personal sanitario estatutario. Deseamos desde estas líneas que este manual siga siendo tan apreciado como lo ha sido hasta ahora por todos los profesionales de la gestión de los recursos humanos y responda eficazmente a sus expectativas y necesidades.

ISBN: 978-84-9090-331-5



9

788490

903315



3652X28481



Wolters Kluwer