

Manuel Alvarez de la Rosa

Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de La Laguna

El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público

SUMARIO: I. INTRODUCCION: EL TRABAJO EN EL SECTOR PUBLICO. II. LA RAZON CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE INCOMPATIBILIDADES. LA RESERVA DE LEY. III. DELIMITACION DEL AMBITO DE APLICACION DE LA LEY 53/1984: EL SECTOR PUBLICO Y LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA. CRITERIOS GENERALES DE INTERPRETACION. IV. SUPUESTOS DE INCOMPATIBILIDAD Y AUTORIZACIONES DE COMPATIBILIDAD. V. EFECTOS DE LA INCOMPATIBILIDAD Y CONSECUENCIAS DE LA COMPATIBILIDAD AUTORIZADA. ESPECIAL ESTUDIO DE LA EXCEDENCIA.

I. INTRODUCCION: EL TRABAJO EN EL SECTOR PUBLICO

La sujeción voluntaria del trabajador a prestar sus servicios a un solo empresario o la prohibición de la concurrencia desleal, son situaciones jurídicas bien conocidas del Derecho del Trabajo (1). Resulta evidente que constituyen limitaciones a la genérica libertad de contratación del trabajador [arts. 35.1 CE y 1.1 y 4.a) ET] y forman parte de un concepto más amplio, el régimen jurídico del pluriempleo a encajar sistemáticamente, a su vez, en el estudio de la normativa sobre política de empleo (2). Estas elementales consideraciones sirven al me-

(1) Cfr. los artículos 5, d), y 21 ET y la siguiente bibliografía básica: PEDRAJAS MORENO, A., «La prohibición de concurrencia poscontractual. Estudiocrítico del artículo 74 de la LCT», en RT, núm. 96, 1976, pp. 185 y ss.; CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Madrid, MT, 1977; RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Límites a la competencia y contrato de trabajo», RPS, núm. 116, 1977, en especial pp. 13 y ss., y DURÁN LÓPEZ, F., «Pacto de no concurrencia», en AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores* (dirige E. Borrajo), T. V, Madrid, Edersa, 1985, pp. 155 y ss.

(2) En este sentido, *vid.* PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Política de empleo en España*

nos como ejemplar contrapunto para sentar un principio: el régimen jurídico de las incompatibilidades en el sector público no es sólo manifestación de la normativa sobre pluriempleo. Tiene mayor alcance jurídico y, desde luego, político, lo que se demuestra estudiándolo incluso desde la afectación a los contratos de trabajo: colabora a singularizar la prestación de trabajo por cuenta ajena en el sector público.

Las relaciones de trabajo existentes en la Administración pública, la relación funcionarial en concreto, están teñidas con lo que en realidad la Administración significa: una estructura pública constitucionalmente construida para servir los intereses generales y responsabilizarse de los servicios públicos. Esa Administración en España no es única, sino que hay, al menos, tantas Administraciones como niveles territoriales básicos del Estado existen: Estado, Comunidades Autónomas, Provincias, Islas y Municipios. Si se añade el conjunto instrumental de naturaleza asociativa, de gestión o de carácter fundacional que aquellas Administraciones territoriales pueden crearse a su alrededor, es posible entonces comprender que la realidad es metódicamente difícil de reducir. En cualquier caso, las relaciones de trabajo que se dan en tamaño sistema organizativo son de dos clases: funcionarios públicos y trabajadores por cuenta ajena. Este es, pues, el punto de partida: hay esencialmente dos tipos de relaciones jurídicas para prestar trabajo a los empleadores públicos, la funcionarial y la regulada por el contrato de trabajo (3). Son dos regímenes jurídicos diferentes, con apoyo constitucional distinto cuya convivencia no es pacífica (4), pero que están

(1977-1982). *Un quinquenio de política centrista ante la crisis económica*, Madrid, IEL y SS, 1985, pp. 56 y 57, y SALA FRANCO, T., *El régimen jurídico del pluriempleo en el ordenamiento español*, Madrid, IEL y SS, 1985, pp. 23 a 30 y 33 y ss.

(3) Se sostiene que esencialmente, a la vista de la Disposición Adicional cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (BOE del 3) que, prohibiendo los contratos administrativos temporales, permite, para trabajos específicos y concretos no habituales, contratar personal sometido a la legislación de contratos del Estado y, en su caso, a la normativa civil o mercantil. Sobre el uso de técnicas temporales en el empleo público, *vid.* el sugerente trabajo de OJEDA AVILÉS, A., «El empleo temporal en las administraciones públicas (una aproximación unitaria)», en REDA, núm. 56, 1987, en especial pp. 486 a 494.

(4) Cfr. la postura de PARADA VÁZQUEZ, J. R., en su libro, por lo demás de básica consulta en materia de función pública, *Derecho Administrativo (Organización y empleo público)*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2.ª ed., 1987, en especial pp. 319 a 327, donde sostiene que la interpretación constitucional conduce a rechazar tanto «la desfuncionarización de parte del personal que sirve a las Administraciones Públicas o, lo que es igual, la aplicación a una parte de los servidores públicos de un régimen jurídico legal» (p. 320), como «la privatización o laboralización, despublicificación también, del régimen propio de los funcionarios» (p. 323). Los argumentos jurídicos en los que fundamenta esas afirmaciones no son todo lo convincentes que se precisa para afirmar la inconstitucionalidad ya de la existencia de trabajadores por cuenta ajena en la Administración, ya de la interrelación de técnicas jurídico-laborales con la situación estatutaria, por tanto, no contractual, de los funcionarios. La cuestión planteada es insegura y no ha venido a resolverla enteramente la STC 99/1987, de 11 de junio, BOE del 26, que contempla la existencia de los trabajadores por cuenta ajena en la Administración como excepcional [*vid.* fdo. j. 3, d), «opción genérica de la Constitución en favor de un régimen estatutario»... «las normas que permitan excepcionar tal previsión constitucional sean dispuestas por el legislador»].

hoy en permanente ósmosis de tal suerte que el derecho regulador de la función pública se interrelaciona con técnicas de Derecho del Trabajo para la conformación del vínculo estatutario (regulación salarial, clasificación profesional, regulación de la representación sindical, de la negociación colectiva o de la situación del derecho de huelga) (5). Incluso puede afirmarse que el Derecho del Trabajo, aplicable a los trabajadores del sector público, se singulariza con particularidades especiales al actuar en este ámbito.

Así, con referencia a los trabajadores de las Administraciones Públicas; por razón del empleador y su peculiar organización, se altera el régimen normal de libertad de contratación, pues la Administración no sólo ha de formar su voluntad de contratar conforme a las normas de Derecho Administrativo que regulan su procedimiento de actuación, sino que concreta su ofrecimiento en la oferta anual de empleo público; por el mismo fundamento, ha de seleccionar al personal por procedimientos que, más allá del respeto al genérico principio de no discriminación para el empleo (art. 4.1.C y 17 ET), garanticen los principios de publicidad, mérito y capacidad (cfr. los arts. 23.2 y 103.3 CE y 19.1 de la Ley 30/1984); por razones puramente coyunturales de mala regulación legal, hay problemas sobre la legitimación para negociar convenios de ámbito sectorial que pueden tropezar con más de una Administración afectada con su propia personalidad jurídica; por razones de realidad económica más profundas, hay, en las Leyes de Presupuestos, limitaciones anuales en materia de incrementos salariales (la última, por ahora, Ley 33/1987, de 23 de diciembre, BOE del 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988,

(5) «La relación de empleo público se articulará en base a una creciente ósmosis entre los respectivos estatutos de todos sus componentes, funcionarios y contratados laborales.» Esta afirmación de ALARCÓN CARACUEL, M. R. (*La nueva configuración legal de la relación de empleo público. Funcionarios y contratados laborales*, Sevilla, IEAL, 1985, p. 24), reconoce una inmediata realidad, acentuada por la Ley 30/1984, pero que, como se ha observado en la nota anterior, no es constitucionalmente pacífica.

Sin embargo, la interrelación de técnicas tampoco es cuestión neutra porque al no existir una auténtica y coherente regulación de la prestación de servicios en la función pública se dan situaciones inseguras jurídicamente y conflictivas por los términos de comparación entre colectivos, ya en aspectos del contenido de la prestación (estructura retributiva, permisos, jornadas, situaciones, régimen disciplinario, movilidad, etc.), ya, esencialmente, en los derechos colectivos. Sobre la singularidad de las relaciones colectivas en la Función Pública, la bibliografía es cuantiosa, pero al menos básicamente debe consultarse: REY GUANTER, S., *Estado, Sindicatos y relaciones colectivas en la Función Pública*, Madrid, INAP, 1986, con escogida bibliografía en pp. 237 y ss.; BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Madrid, Tecnos, 1987, en especial pp. 29 y ss. Ya en vigor la Ley 9/1987, de 12 de junio (BOE del 17), sobre órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, *vid.* ESCUDERO, R., «Comentario a la Ley 9/1987», en *RL*, núm. 15, 1987, pp. 63 y ss., y RODRÍGUEZ PIÑERO, M., en los siguientes trabajos: «Dualismo representativo en el empleo público», «La participación del personal en el empleo público» y «La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Ley 9/1987», publicados, respectivamente, en *RL*, núms. 18, 19 y 20, 1987, como editoriales.

art. 28.3) (6). Con referencia a los trabajadores en el resto del sector público no conceptualizado como Administración, las singularidades son menores pero no inexistentes y van desde las influencias de las leyes anuales de presupuestos al sistema de incompatibilidades que se trata aquí de analizar (7).

Puede evidentemente continuar afirmándose que «las relaciones Derecho del Trabajo-Derecho de funcionarios, responden al esquema derecho común-derecho especial» (8) y es posible también sostener que el propio Derecho del Trabajo cuando se aplica al sector público adquiere rasgos singulares, pero desde luego no irreconocibles respecto al genérico de los trabajadores por cuenta ajena.

Ciertamente, el empleo de funcionarios públicos o de trabajadores debe explicarse con algo más que con una remisión a «técnicas de organización» (9): se trata quizá de la continua adaptación de los pode-

(6) En general, como prueba de la existencia de singularidades, *vid.* los Acuerdos marco para el personal laboral de la Administración publicados en el *BOE* del 15 de julio de 1982 y el 7 de febrero de 1986 (pactos para homogeneizar categorías profesionales, para regular los ascensos, etc.). Sobre el grave problema de la fijación de máximos salariales en el sector público, *vid.*, por todos, GARCIA PERROTE, *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, MTSS, 1987, en especial pp. 304 a 322. Pueden observarse particularidades jurídicas derivadas de la posición de las Administraciones como empresario; *vid.* MONTOYA MELGAR, A., «La responsabilidad de las Administraciones públicas por incumplimiento de la legislación laboral», en *RL*, núm. 17, 1987, pp. 8 y ss. Quizá todo lo expuesto pone de manifiesto no sólo la errática situación actual, sino la urgente necesidad de una regulación unitaria que no parece descabellado llevarla por el camino de «declarar expresamente por ley el carácter de relación laboral especial de la del personal laboral de la Administración pública» (SALA FRANCO, T., «La problemática del personal laboral al servicio de la Administración pública», en AA. VV., *IV Jornadas de Derecho del Trabajo en Canarias*, Gobierno de Canarias, diciembre 1987, pendiente de publicación).

(7) Así, limitaciones a mejoras voluntarias de seguridad social convenidas colectivamente en empresas públicas, *vid.* GALIANO MORENO, J. M., y SEMPERE NAVARRO, A. V., «La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas por convenio colectivo a cargo de una empresa pública», en *AL*, núm. 8, 1987, pp. 393 y ss., y CASAS BAAMONDE, M.^a E., «Leyes de presupuestos y sistemas complementarios de seguridad social de empresas públicas financiados con fondos públicos (I y II)», en *AL*, núms. 46 (pp. 2553 y ss.) y 47 (pp. 2601 y ss.), 1987. Trascendiendo quizá el plano jurídico, el Tribunal Constitucional ha firmado (Auto 858/85, de 4 de diciembre, tomo XII, *Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, *BOE*, 1986, pp. 1633) que «podríamos también decir que la pertenencia al sector público, aun bajo la fórmula del contrato de trabajo, garantiza a los trabajadores una situación jurídica laboral en orden a la estabilidad y seguridad que no es coincidente necesariamente con la existente en el sector privado».

(8) MARTÍN VALVERDE, A., «Los límites del derecho de huelga en la Administración pública», en R. D. Constitucional núm. 18, 1986, p. 50. Con este método, *cf.* SAINT JOURS, Y., *Manuel de Droit du travail dans le secteur public*, París, LGDJ, 1986, 2.^a ed.

(9) Expresión usada en dictámenes del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1960 (*Recopilación de la doctrina legal del Consejo de Estado, 1960-1961*, Madrid, *BOE*, pp. 120-123) y 13 de mayo de 1961 (*id.*, pp. 123-125): «el régimen administrativo y laboral son técnicas de organización que pueden ser utilizadas indistintamente por la Administración en la configuración de la relación jurídica». Luego la expresión fue de uso común en la Jurisprudencia; *vid.* por todas STS, Sala 6.^a, 22 de noviembre de 1982, Ar. 6.862.

Desde luego parece que la legislación preconstitucional en materia de función pública confería a la Administración «la facultad de incardinar la actividad de su personal contratado en el ámbito administrativo o en el laboral» (*vid.* por todas, con abundantes citas de otras anteriores, STCT de 22 de mayo de 1987, *AL*, núm. 35, 1987, pp. 1948 y ss.). Quizá mejor construida

res públicos a la evolución del sistema de economía libre de mercado, ateniéndose tanto a la función prestadora de servicios públicos o administrativa como a la de intervención en la actividad económica: la primera a través de las Administraciones públicas y, la segunda, a través de las estructuras económicas de planificación, actividad industrial, comercial y las empresas públicas. El intervencionismo del Estado adjetivado de social abre el abanico de posibilidades de actuación, rompiendo los moldes de un concepto unívoco de interés público y manifestando su presencia en defensa del interés general, tanto con estructuras administrativas de Derecho público (Justicia, Enseñanza, Sanidad, etc.) como con estructuras de formas empresariales de Derecho privado (Transporte, Energía, Química, etc.) (10). La cobertura de estos servicios para satisfacer el amplio espectro de lo que ya se entiende por interés público, se hace con funcionarios públicos, con trabajadores o con un sistema intrrelacionado de unos y otros en razón de la opción constitucional: funcionarios en las Administraciones, trabajadores en el resto del sector público y el sistema mixto sólo en las Administraciones.

Por tanto, la utilización de una u otra forma de vincularse al sector público está, en buena medida, reglada. En el interior de las Administraciones hay «una opción genérica de la Constitución (arts. 103.3 y 149.1.18) en favor de un régimen estatutario para los servidores públicos y de la consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal previsión constitucional sean dispuestas por el legislador», STC 99/1987, de 11 de junio, ya citada, que previene una reserva legal y sólo no se prestarán servicios por funcionarios sino por personal sometido al orden jurídico laboral cuando una ley indique «el modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas», «garantizándose, de este modo, una efectiva sujeción de los órganos administrativos, a la hora de decidir qué puestos concretos de trabajo puedan ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionario». En las personificaciones instrumentales hay que distinguir someramente: a) si se trata de Organismos Autónomos, el principio general será el reseñado para las Administracio-

está la doctrina que se desprende de un volumen considerable de Sentencias del TS (entre otras, SSTS, Sala 6.º, 9 de marzo, 14 y 30 de abril, 3 de octubre, 2 de noviembre y 29 de diciembre de 1983, Ar. 1.129, 1.837, 4.980, 5.561, 6.160 y 6.382; 16 de febrero, 29 y 30 de marzo, 29 de octubre y 27 de diciembre de 1984, Ar. 883, 1.622, 1.629, 5.343 y 6.504, y 11 de junio de 1987, *La Ley*, 21 de septiembre): a) no es la clase de servicio ni la denominación lo que determina la naturaleza de la relación laboral o funcional, sino la existencia de una normativa con rango de ley que lo autorice; b) las desviaciones y abusos con vulneración de disposiciones sobre la no prórroga de contratos administrativos no suponen la desnaturalización de los mismos, y c) la presunción *iuris tantum* del artículo 8.1 ET queda desvirtuada si se demuestra la sujeción al régimen administrativo.

(10) Vid. ORTEGA, L., «Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público», en *REDA*, núm. 26, 1980, en especial pp. 426 a 428.

nes (cfr. arts. 1 y 29 y D. A. 9.ª, Ley 30/1984) de opción genérica en favor de funcionarios públicos, con expresa indicación legal de qué puestos pueden ocuparse por trabajadores por cuenta ajena. Igual hay que sostener respecto de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (cfr. D. A. 16.ª, arts. 1 y 2, Ley 30/1984); *b*) si se trata del complejo y singular mundo de «las entidades de Derecho público con personalidad jurídica que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado» [art. 6.1.*b*), LGP], ha de estarse a lo que dispongan sus normas específicas de creación, variables y de difícil sujeción a sistema, y *c*) si se trata de «las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos Autónomos y demás entidades estatales de Derecho público», el principio no puede ser otro que la prestación de servicios sometida al Derecho del Trabajo.

Como consecuencia de la STC 99/1987, se tramita actualmente en las Cortes Generales el proyecto de «Ley por la que se modifica la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública» (*vid. Boletín Oficial de las Cortes* de 4 de marzo de 1988), en el que se pretende una nueva redacción de varios preceptos de la Ley 30/1984, en concreto del último inciso del artículo 15, declarado inconstitucional. El proyecto no intenta regular la convivencia en el seno de las Administraciones y a partir de la opción constitucional, de funcionarios y trabajadores, sino tomando el camino trillado que no parece, por otra parte, que conduzca a una reforma de la función pública, el proyecto de Ley sostiene una regla general: los puestos de trabajo de la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos, así como los de las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos; junto a esa regla, seis excepciones de puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral: *a*) los de naturaleza no permanente o de fijos discontinuos; *b*) las actividades propias de oficios (vuelta a la rancia tradición de los contratos de trabajo para los trabajadores «manuales») y las de vigilancia, custodia, porteo u otros análogos (o sea, las propias del personal subalterno en la definición del artículo 23.5 del T. A. de Ley F. C. del Estado de 7 de febrero de 1964 y sin que exista una explicación o un motivo para no incluir en esta excepción, por ejemplo, a los auxiliares; *c*) puestos de «carácter instrumental» (*sic*) correspondientes, a su vez, a tres grupos que nada tienen que ver unos con otros pero que el proyecto de Ley, en su afán de sintetizar, mezcla: 1) áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones; 2) artes gráficas, encuestas, protección civil, comunicación social y expresión artística, y 3) vinculados directamente a servicios sociales y protección de menores. Esta clasificación es tan caprichosa y dispar que lo mismo engloba a un sociólogo que a un ingeniero de telecomunica-

ciones, pasando por un ATS de rehabilitación. Carece de la menor lógica interna.

A continuación, el proyecto de Ley contempla tres excepciones de carácter muy específico: *a)* los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño. En la memoria justificativa del proyecto de Ley se dice que con tal medida «únicamente se pretende cubrir transitoriamente aquellas lagunas producidas por el *inevitable* desfase que puede surgir entre la aparición de nuevas técnicas y la incorporación de las mismas en la selección, formación y perfeccionamiento de los funcionarios». Paladino reconocimiento de la torpeza que se pretende: enumerar quién es funcionario y quién trabajador y dejar intocable la regulación del sistema estatutario que es precisamente la raíz de toda auténtica reforma de la función pública: úsense técnicas hoy de sobra conocidas para la selección del personal, para su perfeccionamiento real, con promoción también real y efectiva, para su movilidad y para la extinción del vínculo. En la Constitución se opta por un modelo funcionarial pero las paredes maestras son la objetividad, la imparcialidad, la eficacia y el acceso de acuerdo con los principios de mérito y capacidad y no se inscribe en la Constitución ni la rigidez en los sistemas de selección, ni los sistemas erráticos de perfeccionamiento, ni una movilidad inexistente, ni un sistema de extinción que haga al funcionario vitalicio. Dos excepciones restantes terminan la enumeración; *b)* se reserva al personal con contrato de trabajo los puestos de trabajo en el extranjero en funciones administrativas y auxiliares, y *c)* los organismos públicos de investigación pueden contratar personal laboral en los términos del artículo 17 de la Ley 13/1986, sobre Fomento y Coordinación de la Investigación.

De lo expuesto se extrae al menos una conclusión: dos órdenes jurídicos distintos regulan la prestación del trabajo en el sector público y ambos están profundamente relacionados. Y una muestra patente de tal vinculación la constituye el régimen de incompatibilidades, hasta tal punto que la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (BOE de 4 de enero siguiente; en adelante LI), intenta una construcción unitaria: sus normas sustantivas, procedimentales y transitorias son, en la medida de lo posible, iguales para los funcionarios y para los trabajadores por cuenta ajena. El objeto de este trabajo es analizar aquella conformación unitaria desde la perspectiva de su incidencia en los contratos de trabajo del sector público. Tal análisis puede acometerse a partir de las soluciones y procedimientos establecidos en la LI, si previamente se indaga sobre los caracteres constitucionales del sistema de incompatibilidades.

II. LA RAZON CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE INCOMPATIBILIDADES. LA RESERVA DE LEY

El Tribunal Constitucional ha dejado claro que el derecho al trabajo en la función pública está regulado en el artículo 103.3 CE (cfr. SSTC 57/1982, fdo. j. 9; 108/1986, fdo. j. 21, y 99/1987, fdo. j. 6) y ese precepto habilita al legislador para que extienda un campo de incompatibilidades alrededor de la función pública. Si la propia Constitución construye al Estado español como social y democrático de Derecho, la consecuencia primera debe ser la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Hay pues que garantizar unas Administraciones públicas capaces de cumplir los valores predicados constitucionalmente (11).

La aplicación de un sistema de incompatibilidades es una garantía previa para la gestión objetiva e incluso eficaz de los intereses generales. Es evidente que la aplicación del régimen de incompatibilidades será producto, además de la existencia y claridad de las normas, del nivel de moralidad social y política del país y del sistema retributivo del empleo público (12). La finalidad perseguida por un sistema de incompatibilidades puede ser variada y buscar desde la plena dedicación del empleado público a sus tareas a la ordenación del mercado de trabajo (13). La dedicación supone entregar toda la capacidad a la fun-

(11) *Vid.*, como explicación sobrada de estas afirmaciones, PAREJO ALFONSO, L., *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983, en especial pp. 99 a 119.

(12) «En España, donde las compatibilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos son una auténtica plaga, existe una abundantísima legislación sobre este punto, por lo demás completamente ineficaz, ya que este mal, como tantos otros, no puede remediarse con simples disposiciones normativas —que nacen ya muertas—, sino que había que buscar las raíces profundas del problema que se encuentran en el régimen de las remuneraciones y en el nivel de moralidad social y política del país», NIETO, A., *La retribución de los funcionarios en España (historia y actualidad)*, Madrid, Revista de Occidente, 1967, pp. 348-349, y en el epígrafe «Las soluciones del problema», en pp. 354 y ss., se observa como el autor, buscándolas desde la óptica de la eficacia o desde la de la moral social, concluye que tiene difícil solución, ya por problemas derivados de la organización administrativa, ya por la moral social imperante. Denuncia las compatibilidades como «fórmulas patológicas de la burocracia» GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La organización y sus agentes: revisión y estructuras», trabajo recogido en *La Administración española*, Madrid, 1961; cito por la ed. de Alianza Editorial, 1972, p. 120. Se defiende la determinación de un adecuado régimen de incompatibilidades, desde la perspectiva de la profesionalidad (neutralidad del funcionario y aumento de la calidad de los servicios), en FUERTES SUÁREZ, J. L., *Función pública, reforma administrativa y Estado autonómico*, Madrid, Civitas, 1980, p. 91.

(13) *Vid.*, en este sentido, SERRANO GUIRADO, E., *Las incompatibilidades de autoridades y funcionarios*, Madrid, IEP, 1956 (publicado también casi completamente, a falta de un apéndice, en la *RAP*, núm. 19, 1956, pp. 59 y ss.; cito por el libro), pp. 31 y ss. Esta monografía no sólo es la única sobre incompatibilidades en España, sino posiblemente de lectura provechosa en la actualidad por la profundidad y acierto en el tratamiento del problema.

ción que se desarrolla, moral y materialmente, sin coincidencia de intereses externos, sin acumulación de empleos públicos, sin dispersión de tareas, incrementando la calidad de los servicios y la profesionalidad efectiva (14). La ordenación del mercado de trabajo es innegable y puede ir desde el reparto del trabajo real hasta la notable influencia ejemplar en el conjunto de la sociedad, explicable desde la importancia del sector público en el sistema económico. La dedicación y la ordenación del mercado de trabajo pueden ser explicaciones, incluso buenas explicaciones, pero conocer el fundamento jurídico de las incompatibilidades sólo es producto de una indagación de este tipo, analizando las normas y, en concreto, el artículo 103.3 CE. Y siguiendo ese camino, resulta provechoso observar cómo ha tratado la cuestión la jurisprudencia (15), aun aplicando normas preconstitucionales: hay un especial principio conductor que se encuentra desde la reforma de la función pública de 1963 a la vigente Ley de incompatibilidades y es la regla de la imparcialidad.

Entre las reglas que el artículo 103.3 CE exige de la Administración Pública, está la imputable a los sujetos de prestar su trabajo con imparcialidad, llegando incluso el precepto no sólo a exigirlo, sino a recabar del legislador ordinario que la garantice. Una consecuencia, no la única desde luego, de la regla de la imparcialidad (16) es el sistema de incompatibilidades: para tomar decisiones, para ejercitar la función pública es preciso no tener alrededor ningún interés que pueda «impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o com-

(14) En este sentido y citado cronológicamente, *vid.*, además de la monografía citada en nota 13, ALVAREZ GENDÍN, S., «El problema de las incompatibilidades de los funcionarios públicos», en *RAP*, núm. 39, 1962, pp. 93 y ss.; CARRO MARTÍNEZ, A., «La dedicación a la Función Pública», en *DA*, núm. 69, 1963, pp. 49 y ss.; GONZÁLEZ-HABA GUIZADO, V., «Visión prospectiva de la Función Pública española», en *DA*, núm. 170, 1976, p. 49; MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J. E., «Las bases del sistema español de incompatibilidades de los funcionarios públicos», en *DA*, número 195, 1982, pp. 148 y ss.; OLÍAS DE LIMA GETE, B., «Las incompatibilidades de los altos cargos», *REDA*, núms. 40-41, 1984, pp. 128 y ss., y GARCÍA-TREVIANO GARNICA, J. A., «Las incompatibilidades de los funcionarios públicos», en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 21, 1984, pp. 197 y ss.

(15) Desde la Ley de Bases de Funcionarios Civiles del Estado de 1963 hasta la Ley de Incompatibilidades de 9 de junio de 1982 hay una reducida incidencia jurisprudencial que pone de manifiesto para la época «una situación tan deteriorada en la que, como consecuencia de la elasticidad de criterios en torno a las incompatibilidades, su control jurisdiccional constituye una excepción anecdótica», SÁNCHEZ BLANCO, A., «A propósito de las incompatibilidades funcionariales. La difícil operatividad de las Corporaciones Públicas», en *RAP*, núm. 88, 1979, p. 263. Muchas de estas Sentencias se debieron, además, a la intervención de los Colegios Profesionales (en especial el de Arquitectos); *vid.* LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J. F., «Sobre el control corporativo de las incompatibilidades», en *REDA*, núm. 33, 1982, pp. 323 y ss.

(16) Como prueba, *vid.* STC 193/1987, de 9 de diciembre, *BOE* del 26, fdo. j. 5, donde se sostiene que el respeto a los principios de mérito y capacidad para acceder a la función pública estén insertos en «el artículo 23.2, que introduce así un criterio igualitario que constituye una garantía, reforzada por tratarse de un derecho fundamental, del principio de imparcialidad de los funcionarios públicos proclamado en el artículo 103.3, inherente por esencia al Estado de Derecho que la Constitución consagra».

prometer su imparcialidad o independencia» (Exposición de Motivos de la LJ).

La imparcialidad es la regla matriz que en la función pública justifica el sistema de incompatibilidades y se encontraba ya en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 20 de julio de 1963 (BOE de 23 de julio), en el artículo 82 del Texto Articulado de la citada Ley, aprobado por Decreto de 7 de febrero de 1964 (BOE de 15 de febrero) y en el artículo 11 del Real Decreto-Ley de 30 de marzo de 1977 (BOE de 7 de abril) que declaran incompatible el desempeño de la función pública con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad que impida o menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario. Principio pronto recogido en la jurisprudencia: así, la STS, Sala Quinta, de 14 de febrero de 1968, Ar. 747, señalaba que «la legislación de incompatibilidades obedece al designio de evitar la existencia de contactos o áreas de actividad coincidentes que pueden dar lugar (no que den) a que los medios y facultades concedidas al funcionario por razón de su cargo, puedan ser utilizados en provecho particular pudiendo venir en perjuicio del interés público o, por lo menos, del prestigio que por su objetividad, imparcialidad e independencia debe rodear al funcionario»; el interés protegido por la legislación sobre incompatibilidades «es tanto el burocrático u organizativo de la Administración como el interés general o social de los administrados» (STS, Sala Cuarta, de 2 de febrero de 1978, Ar. 565) y, de ahí, «el carácter objetivo del sistema legal de incompatibilidades (SSTS, Sala Cuarta, 17 de abril de 1978, Ar. 1.604, y 29 de marzo de 1980, Ar. 2.716), pues no debe olvidarse que las incompatibilidades legales y concretamente las previstas en los artículos 82 y 83 del T. A., Ley de Funcionarios, han sido creados para proteger el decoro e independencia de la función pública» (STS, Sala 4.ª, de 1 de junio de 1981, Ar. 2.687).

La imparcialidad como sistema para evitar lo que se denomina «áreas de coincidencia», continúa apareciendo en la jurisprudencia como la constante jurídicamente razonable del sistema de incompatibilidades (cfr. SSTS, Sala 4.ª, 20 de junio de 1975, Ar. 2.424, y 22 de julio de 1983, Ar. 4.085), de tal manera que son incompatibles «todas aquellas actividades que comprometan la imparcialidad o independencia del funcionario» (SSTS, Sala Cuarta, 9 de mayo y 20 diciembre de 1984, Ar. 4.605 y 6.699, y 30 de noviembre de 1985, Ar. 6.506), todo ello, además, para llevar «confianza a los administrados en el sentido de que los intereses públicos no son desvalorizados en beneficio de los privados» (STS, Sala Cuarta, de 22 de diciembre de 1986, Ar. de 1987, núm. 1.560) y sin que la legislación sobre incompatibilidades tenga «carácter represivo» o «naturaleza jurídica de sanción» (SSTS, Sala Tercera, 21 de marzo y 24 de abril de 1985, Ar. 1.427 y 1.953, repitiendo

criterios de la sentencia de 4 de octubre de 1984, Ar. 5.574) pero sin que tampoco se reduzcan las incompatibilidades a lo estrictamente limitado con «los aspectos horarios, organización o racionalización y demás de carácter técnico con olvido del perjuicio moral que sufren los servicios» (STS, Sala Cuarta, de 4 de mayo de 1985, Ar. 4.749), porque, en resumen, las incompatibilidades sirven para «reforzar la credibilidad en las personas que desempeñan funciones públicas, lo que permite, en sus actuaciones, establecer la presunción de su objetividad e imparcialidad»... y, por ello, «aún sin la exigencia de la exclusividad puede y debe decretarse la incompatibilidad» (STS, Sala Cuarta, de 25 de febrero de 1985, Ar. de 1986, núm. 483).

Tales principios que giran en torno a la regla de la imparcialidad y extraídos por la jurisprudencia de la legislación preconstitucional y de la propia Constitución, son igualmente esgrimidos cuando el TS se enfrenta a la aplicación de la LI (SS, Sala Quinta, 18 de marzo de 1986, Ar. 7.477, y 19 de enero de 1987, Ar. 254). Desde luego parece que el régimen de incompatibilidades se dota de perfiles propios cuando se relaciona con la regla de la neutralidad o imparcialidad (en este sentido, la STS, Sala Cuarta, de 29 de abril de 1986, Ar. 2.978). En cambio, cuando se analiza la LI y aparecen otras razones que motivaron al legislador al articular aquel régimen, los perfiles se vuelven borrosos y puede fácilmente concluirse que bajo el rótulo de las incompatibilidades se esconden varias figuras o razones que van desde la eficacia y productividad de la Administración al ejercicio de una determinada política de empleo, pasando por «un esfuerzo testimonial de ejemplaridad ante los ciudadanos, constituyendo en este sentido un importante avance hacia la solidaridad y la moralización de la vida pública» (Exposición de Motivos LI).

Aquellas diversas razones tienen, por su parte, distintos títulos habilitantes para el legislador ordinario y de ahí que sea preciso distinguir en adelante cómo actúa para saber cuáles son sus límites en cada caso. No es lo mismo, desde luego, interpretar la LI a la luz de la habilitación del artículo 103.3 CE, del que se deriva el régimen de incompatibilidades por razón de la imparcialidad, que hacerlo cuando es exigido por razón de la eficacia-productividad, predicable de la Administración y que tiene realidad en su propia capacidad de organización. Aún mayor distinción resalta para el intérprete cuando se observa que buena parte del sistema de incompatibilidades está al servicio de unos objetivos tendentes a cumplir una política de empleo «orientada al pleno empleo» (art. 40 CE) incluso en la esfera donde la Administración no actúa como poder sino en virtud del reconocimiento que el artículo 128 CE hace de la iniciativa pública en la actividad económica, en pie de igualdad con los demás sujetos económicos.

Es meridiano concluir que la LI, al ir más allá de regular el sistema

de incompatibilidades del artículo 103.3 CE, necesita ser interpretada con los instrumentos conceptuales adecuados a cada ámbito de actuación de la norma, distintos en razón al título habilitante usado por el legislador ordinario al componer el régimen jurídico de las incompatibilidades.

Es preciso, por otra parte, dejar bien sentado desde ahora que toda la materia regulada por LI requiere del rango de Ley por imperativo constitucional. En efecto, en la parcela que se refiere a las incompatibilidades en sentido estricto, la reserva de Ley está contenida en el artículo 103.3 CE; la referida a la organización de la Administración y las medidas que de ahí se derivan para establecer un concreto sistema de trabajo eficaz y productivo, tiene la reserva legal en el 103.2 CE; las medidas sobre política de empleo ya en cuanto suponen cumplir con el objetivo de orientarse hacia el pleno empleo ya en cuanto suponen variar el Estatuto de los Trabajadores vigente, la reserva legal se desprende del análisis conjunto de los artículos 35, 40 y 53.3 CE e incluso del mandato contenido en el artículo 17.2 ET.

Sentada la reserva legal en los tres supuestos que sirven de base a un sistema de incompatibilidades, conviene someramente determinar el reparto competencial producido en la materia: *a)* por lo que se refiere al núcleo esencial de las incompatibilidades, el artículo 103.3 CE como regla de imparcialidad en la función pública, la competencia es exclusiva del Estado para dictar las bases del régimen jurídico de las incompatibilidades con referencia a todas las Administraciones públicas (art. 149.1.18 y SSTC 5/1982, 8 de febrero, BOE de 26 de febrero; 57/1982, de 27 de julio, BOE de 18 de agosto; 25/1983, de 7 de abril, BOE de 27 de abril; 76/1983, de 5 de agosto, BOE de 18 de agosto, y 99/1987, de 11 de junio, BOE de 26 de junio); *b)* por lo que se refiere a las incompatibilidades que se derivan de la organización de la Administración e incluso de la programación de un trabajo eficaz y productivo, la competencia debe entenderse compartida, del Estado, para su Administración y la Local y de las Comunidades Autónomas para la suya, según el artículo 148.1.1 CE y siempre con respecto a lo que de forma básica haya podido regularse, y *c)* si el fundamento de las incompatibilidades está en la política de empleo y con referencia a la legislación laboral, la competencia es exclusiva del Estado, artículos 149.1.7 y 18 CE (17).

(17) Sobre esta cuestión, conexas con la de la Función Pública autonómica, puede consultarse CASTELLS ARTECHE, J. M., *Proceso de construcción y desarrollo de la Función Pública Autonómica*, Madrid, INAP, 198... Sobre la capacidad reglamentaria, *vid.* por su claridad y contundencia la STS, Sala 4.ª, de 27 de marzo de 1985, Ar. 1.668: «No admiten duda alguna la conceptualización e inclusión como materias propias del estatuto de los funcionarios públicos de las referentes a las condiciones de capacidad, prohibiciones e incompatibilidades. El Municipio no puede por sí y ante sí reglamentar estas materias si no es con previa habilitación legal, y aun entonces dentro de los límites precisos de tal habilitación legal.»

El recorrido legislativo, vigente ya la Constitución, ha sido el siguiente:

La Ley 1/1979, de 19 de julio (*BOE* de 20 de julio), que aprueba los Presupuestos para 1979, contenía tímidas normas sobre reducción de sueldos cuando se compatibilice una plaza de funcionario con otra de carácter docente; la Ley de Presupuestos para 1980 (Ley 42/1979, de 29 de diciembre, *BOE* de 31 de diciembre), aparece con tres elementos significativos: primero, los funcionarios de la Administración o de sus organismos autónomos sólo podrán compatibilizar su puesto de trabajo con otro de la Administración en régimen de contrato en uno de ellos; segundo, la Disposición Adicional 4.^a intentó poner fin a una situación anómala y patológica, y previene que «desde el 1 de enero de 1980 no podrá reconocerse el derecho a la percepción simultánea de retribuciones por el desempeño de dos o más empleos o puestos de trabajo al servicio de los Entes que integran las diversas esferas de la Administración y Seguridad Social respecto a situaciones de compatibilidad que se planteen por primera vez a partir de la indicada fecha, y tercera, el segundo párrafo de la citada D. A. 4.^a ordenó al gobierno remitir, durante 1980, un proyecto de Ley «regulando las condiciones tanto de orden funcional como económico para el desempeño de dos o más empleos retribuidos con cargo a recursos de los Entes citados».

El *BOE* de 19 de junio de 1982 contiene ya la Ley 20/1982, de 9 de junio, de incompatibilidades en el sector público. No viene al caso comentar ahora pormenorizadamente el contenido de esa Ley y, sin embargo, hay que destacar algunos elementos esenciales que se incorporan ya al acervo del sistema de incompatibilidades y, desde luego, constituyen fundamentos de cualquier desarrollo constitucional del artículo 103.3 CE. Así, *a*) el ámbito de aplicación, extendiéndolo al sector público, con la perspectiva de integrar en el sistema a todo el empleo público; *b*) la declaración aún tímida del principio de no admitirse la percepción de más de un sueldo con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los organismos y empresas de ellos dependientes (art. 2), con las excepciones contempladas sobre jornada reducida o la situación del personal sanitario a partir de la D. A. 4.^a, en relación con la D. T. 1.^a; *c*) las medidas que evitan la colisión de intereses y protegen el área de imparcialidad, la eficacia y la dedicación de los funcionarios (arts. 3 y 7.2), y *d*) la Ley supuso la derogación expresa de todo el anterior régimen de incompatibilidades, débil y escaso, y la anulación de todas las autorizaciones de compatibilidad concedidas, debiendo, en lo sucesivo, adaptarse a lo dispuesto en la Ley.

En el camino hasta encontrar la normativa cuyo análisis es objeto

central de este trabajo, hay aún que señalar la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos, alejada de la cuestión aquí tratada pero que supone, en primer lugar, sacar del sistema de incompatibilidades del sector público, todo lo relacionado con las incompatibilidades de las autoridades políticas, en el amplio sentido de quienes tienen por función llevar adelante un programa que, en su origen, ha merecido la confianza de las Cámaras (18). No caben en el mismo saco las incompatibilidades de los empleados públicos que las de los altos cargos, pues éstas tienen un distinto fundamento constitucional (cfr. arts. 98.3.3 CE y, relativos a la separación de funciones, 66.2, 97 y 117.3 CE) y persiguen unos objetivos que, coincidentes en algunos puntos (dedicación, eficacia, imparcialidad), son divergentes en otros (separación de funciones, transparencia pública en la gestión). Sin embargo, hay que hacer notar cómo en esta Ley también se incluye al sector público en su conjunto y afecta incluso a quienes se encuentren, en los supuestos del párrafo 35 del artículo 1, en empresas públicas con cargos de Presidente, Director General, Gerente y equivalentes vinculados por contrato de trabajo, ya el común ya la relación especial de altos cargos. Ha de señalarse finalmente, los artículos 155 a 160 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, sobre Régimen Electoral General (BOE de 20 de junio), que regula las incompatibilidades de Diputados y Senadores de forma amplia y precisa.

La legislación hoy vigente es, como se indicó anteriormente, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, y en este punto conviene advertir, a los efectos de cierta provisionalidad en los comentarios que, contra la LI fue interpuesto recurso de inconstitucionalidad y se han planteado varias cuestiones de inconstitucionalidad (19).

(18) Sobre el ámbito objetivo de la Ley 25/1983, *vid.* con provecho OLIAS DE LIMA, B., *Las incompatibilidades de los altos cargos*, cit., pp. 132 a 137.

(19) Recurso de inconstitucionalidad núm. 272/1985, BOE de 26 de abril, contra los preceptos siguientes: D. F. 1.ª, que da carácter de básica a toda la Ley, salvo el artículo 17.1; D. A. 5.ª y D. T. 7.ª; artículo 1, apartados 1 y 2, preceptos medulares de la Ley, sobre la incompatibilidad de dos puestos públicos y la prohibición de percibir más de una remuneración del sector público; artículo 2, apartado 1, f) la inclusión en el sector público del personal de la Seguridad Social; artículo 3, apartado 1, provisión legal de un segundo puesto sólo para funcionarios docentes y sanitarios, y por conexión artículos 4 y 5; artículo 12, apartados c) y d), prohibición de actividades privadas o de participación superiores al 10 por 100 en empresas o sociedades allí enumeradas; artículo 8.2, prohibición de pertenecer a más de dos Consejos de Administración u órganos de gobierno de empresas o entes públicos; art. 11.2, que remite a la actividad reglamentaria la fijación de puestos públicos incompatibles con determinadas profesiones o actividades privadas.

A lo largo del tiempo de vigencia se han producido varios planteamientos de cuestión de inconstitucionalidad. Así, la núm. 1053/1986, BOE de 3 de noviembre, promovida por la Sala 2.ª del Tribunal Central de Trabajo contra la D. T. 1.ª, en su relación con el artículo 10, donde, en el fondo, se plantea la básica cuestión de si puede aplicarse la Ley sin producir indemnizaciones (*vid.* el texto completo del Auto de 18 de septiembre de 1986 del TCT, en AL, núm. 41, 1986, pp. 2156 y ss.). Hay que observar como la cuestión ahí planteada es análoga a la formulada por Auto del TCT de fecha 21 de marzo de 1986, como cuestión prejudicial ante el Tribunal de

Completa el panorama legislativo, como cierre del sistema de incompatibilidades, la Ley Orgánica 1/1985, de 18 de enero (BOE de 24 de enero) que previene la aplicación de lo establecido en la Ley de Incompatibilidades 53/1984, al personal al servicio del Tribunal Constitucional, Consejo del Poder Judicial, componentes del Poder Judicial y personal al servicio de la Administración de Justicia, Tribunal de Cuentas y Consejo de Estado; el Acuerdo de las Mesas del Congreso y del Senado en su reunión conjunta de 7 de febrero de 1985 (BOE de 19 de febrero), por el que se deroga la D. T. 3.^a.1 del Estatuto de Personal de las Cortes Generales y se da nueva redacción al artículo 31 de dicho Estatuto que pretende ceñirse a la LI pero, en resumen, apartándose en algunos aspectos y en otros restringiéndose al ámbito de las Cortes Generales, configura un régimen más benigno y beneficioso que el general. Se cierra esta relación con los artículos 381 a 392 de la Ley Orgánica 6/1985, de 9 de junio, del Poder Judicial.

El desarrollo reglamentario de la LI tuvo lugar por Real Decreto 598/1985, de 30 de abril (BOE de 4 de mayo), e interesa ahora destacar que este Reglamento ha sido objeto de tres sentencias de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de fecha 3 de julio, 21 de octubre y 18 de diciembre de 1986, Ar. 3.853, 5.498 y 7.477, resolviendo recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la totalidad y, en su caso, contra varios preceptos del Real Decreto 598/1985. Sin entrar en los planteamientos concretos de las Sentencias, se puede extraer de ellas las siguientes apreciaciones: *a*) la reserva material de Ley del artículo 103.3 LE no exige que la Ley agote su regulación, dejando así espacio a la actividad reglamentaria; *b*) analizados el conjunto de pre-

las Comunidades Europeas (*vid.* texto completo en *AL*, núm. 18, 1986, pp. 939 y ss.), en el que se solicitaba pronunciamiento sobre si hay contradicción entre el artículo 52.1 de la Ley de Presupuestos del Estado de 28 de diciembre de 1983, BOE del 30 (incompatibilidad de la pensión de jubilación de la Seguridad Social con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad retribuida en cualquier Administración pública), y los artículos 2 y 117 del Tratado de Roma (elevación del nivel de vida y mejora de las condiciones de vida a través de la igualación en el progreso). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha dictado Sentencia el 29 de septiembre de 1987 en la que se declara: «ni el artículo 2 ni los artículos 117 y 118 del Tratado CEE se oponen a la introducción por una legislación nacional de una prohibición de acumulación de una pensión de jubilación con una remuneración de funcionario que implique una reducción de ingresos de los afectados» (texto completo en *RL*, núm. 22, 1987, pp. 118 y ss.). *Vid.* comentario de BORRAJO, E., «Nota: haber en activo como funcionario y pensión pública: discrepancias judiciales y técnica legislativa insuficiente», *AL*, núm. 39, 1987, pp. 2234 y ss. *Vid.* igualmente los previos y sugerentes comentarios de RODRÍGUEZ PIÑERO, M., en «Las conclusiones del Abogado General Mancini en la primera cuestión prejudicial (art. 177 del Tratado CEE) española (I y II)», en *RL*, núms. 15 y 16, 1987, como editoriales.

Otras cuestiones de inconstitucionalidad: la núm. 1333/1986, BOE de 29 de enero de 1987, promovida por la Magistratura núm. 7 de Madrid, sobre los artículos 2, 3, 4, 5 y 12 de la LI; las núms. 1367 y 1318/1986, BOE de 29 de enero de 1987, de la Magistratura de Trabajo número 9 de Madrid, sobre el artículo 3.2 y la D. A. 1.ª; la núm. 1046/1987, BOE de 19 de septiembre, promovida por la Sección Primera de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, sobre el artículo 16.1 *in fine*, y por ahora la núm. 1071/1987, BOE de 26 de septiembre, promovida por la Magistratura de Trabajo núm. 2 de Jaén, sobre la D. T. 1.ª en relación con el artículo 10.

ceptos reglamentarios impugnados (arts. 11.7, 12 y D. A. 6.^a), se concluye que no hay extralimitación del Reglamento; *c*) en la totalidad no hay causa de nulidad del Reglamento, por cuanto se ha oído el Consejo de Estado aunque se ha disentido de su criterio; *d*) se opina, al justificar el no planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, que no hay infracción al artículo 35 CE (derecho al trabajo) en relación con el 14 CE (principio de no discriminación), ni al 33 CE (sobre la privación singular de la propiedad privada), pues el ejercicio de la actividad múltiple no supone un derecho adquirido aunque otra cuestión sea si ha de ser o no indemnizado.

Puede, como recapitulación, sostenerse en el concreto sistema de incompatibilidades regulado en la LI, sirve tanto a la regla de la imparcialidad y a la de la eficacia como a la de una política de reparto del trabajo. Pero estas reglas, aunque no sean predicables con igual intensidad de funcionarios y trabajadores, es posible aplicarlas todas y al mismo tiempo a ambos tipos de prestación de servicios, pues uno y otro están caracterizados por pertenecer al sector público, que tiene con el sector privado «diferencias sustanciales obvias que razonablemente justifican un trato diferente, incluso en el ámbito... de la relación laboral» (STS, Sala Sexta, de 8 de mayo de 1987, Ar. 3.413).

Llegado a este punto y antes de entrar en el análisis del régimen de incompatibilidades en relación con los contratos de trabajo, hay que delimitar el campo de aplicación de la LI.

III. DELIMITACION DEL AMBITO DE APLICACION DE LA LEY 53/1984: EL SECTOR PUBLICO Y LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA. CRITERIOS GENERALES DE INTERPRETACION

Si ya de por sí es difícil abarcar el concepto y los límites jurídicos de la expresión sector público, la LI no facilita precisamente la tarea. Con un afán de abarcar todo, cae a veces en graves imprecisiones que conducen a una inseguridad notable. De los artículos 1 y 2 puede extraerse una enumeración de lo que entiende la LI por sector público: las Administraciones Públicas del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales; los Organismos y Entes públicos de ellas dependientes; las Entidades gestoras de la Seguridad Social; las empresas en que la participación en el capital, directa o indirectamente, de las Administraciones Públicas sea superior al 50 por 100, y el Banco de España y las instituciones financieras públicas. A esta enumeración hay que añadir otra con elementos que no tienen fácil encaje: las entidades colaboradoras y las concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria; «cualquier otra entidad u organismo de la Segu-

ridad Social» y las entidades y corporaciones de Derecho Público cuyo presupuesto se dote ordinariamente en más de un 50 por 100 con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones públicas.

Lo enumerado en la LI precisa, si se puede, ser reducido a un sistema que, tomado del derecho positivo, haga posible moverse con seguridad en la interpretación de la norma. Sin embargo, vaya por delante que la identificación conceptual del sector público no es tarea llana, tanto desde la perspectiva del análisis de las disposiciones legales como desde la realidad constitucional de un Estado Social y Democrático de Derecho: mayor intervencionismo estatal para remover los obstáculos y promocionar las condiciones de libertad e igualdad del individuo y la construcción de un entretejido de acción mutua Estado-Sociedad para la consecución de los fines de interés general, de tal suerte que se difumina la contraposición de lo público y lo privado, coexistiendo, con nítidas expresiones de uno u otro carácter, entidades públicas con ropajes privados, o privados cumpliendo fines públicos. La continua interrelación y la frontera difusa de lo público y lo privado es patrimonio de la idea de Estado Social (cfr. STC 18/1984, de 7 de febrero, BOE de 9 de marzo) (20).

Para delimitar el sector público español, la primera cuestión a esclarecer es si se está o no ante un concepto unitario (21). Hay al menos dos expresiones corrientes, sector público a secas y sector público económico (22). Desde la Ley General Presupuestaria (Ley 11/1977, de 4 de enero, BOE de 8 de enero) se engloba en el sector público: a) Administraciones públicas, incluida la Seguridad Social; b) empresas públicas, y c) Instituciones financieras públicas (art. 139). La Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (Ley 2/1982, de 12 de mayo, BOE de 21 de mayo), en su artículo 4, considera sector público: a) la Administración del Estado; b) las Comunidades Autónomas; c) las Cor-

(20) Sobre el concepto de Estado Social, *vid.* como bibliografía básica PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración Pública*, ya citado; GARRORENA, A., *El Estado español como Estado Social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, y PECES BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1986. Por otra parte, y desde la perspectiva de la fundamentación constitucional de un modelo de economía mixta (arts. 38 y 128 CE), *vid.* ARIÑO ORTIZ, G., «La empresa pública», en AA. VV., *El modelo económico en la Constitución española* (dirige Garrido Falla), Madrid, IEC, 1981, vol. II, en especial pp. 88 y ss.; por su brevedad y sencillez, *vid.* MARTÍN MATEO, R., *Derecho público de la economía*, Madrid, CEURA, 1985, pp. 27 y ss., y muy especialmente por lo exhaustivo del trabajo y el buen uso convergente de varias disciplinas jurídicas, *vid.* ALONSO UREBA, A., *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho económico*, Madrid, Montecorvo, 1985, en especial la primera parte del trabajo.

(21) Haciendo notar ya las dificultades de encontrar un concepto jurídico de sector público, porque el obtenido desde este punto de vista no coincide con el que se obtiene desde el punto de vista económico, *vid.* GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., «Concepción unitaria del sector público», en AA. VV., *La empresa pública*, Ed. Publicaciones del R. Colegio de España en Bolognia (Studia Albornotiana), Zaragoza, 1970, p. 95.

(22) En este sentido, MARTÍN MATEO, R., *Derecho público de la economía*, cit., pp. 359 y ss.

poraciones Locales; d) las Entidades gestoras de la Seguridad Social; e) los Organismos Autónomos, y f) las Sociedades estatales y demás empresas públicas. En las leyes anuales de Presupuestos se ve no una definición pero sí una enumeración a efectos del estado de gastos e ingresos: Estado, Organismos Autónomos, Seguridad Social, entes públicos de diversa naturaleza: RTVE, Consejo de Seguridad Nuclear, Patrimonio Nacional, etc., y Sociedades estatales. A lo que aquí interesa (ámbito de aplicación de la LI), las Leyes de Presupuestos de 1984 para acá repiten esa enumeración (arts. 1.1 de las Leyes de 50/1984, de 30 de diciembre, *BOE* de 31 de diciembre; 46/1985, 27 de diciembre, *BOE* de 28 de diciembre; 21/1986, de 23 de diciembre, *BOE* de 24 de diciembre y arts. 1 y 2 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, *BOE* de 24 de diciembre) (23).

Es posible, por tanto, dividir el sector público en dos grandes grupos: uno, las Administraciones públicas, los Organismos autónomos y la Seguridad Social, y otro, en la terminología de la Intervención General del Estado: el sector público empresarial (24). Que éste se divida según el propietario sea el Estado, una Comunidad Autónoma o una Corporación Local o según se dedique a actividades financieras o no financieras, poco importa para la consecución de los objetivos aquí propuestos. Mayor interés reviste saber que en el sector público empresarial existen las sociedades estatales (art. 6 LGP, según redacción dada por el art. 124 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988): pueden ser de derecho público «Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica, que por Ley hayan de ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado» (por ejemplo, RENFE, INH, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, etc.) (25), o de derecho privado, «Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás entidades de derecho público (por ejemplo, las empresas del Organismo autónomo INI o las de la Entidad de Derecho Público INH). Esta di-

(23) En esencia, esta sistemática está tomada de ALBIÑANA, C., *Sistema tributario español y comparado*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 43 y ss., y de PITA GRANDAL, Ana María, «Delimitación del concepto jurídico positivo de sector público y empresa pública», en *REDF*, núm. 45, Civitas, 1985, pp. 67 y ss.

(24) *Vid.* Ministerio de Economía y Hacienda. Intervención General del Estado, *El sector público empresarial. Ejercicio 1985*, Madrid, ed. Intervención General, 1987. Esta voluminosa obra es básica por la aportación de datos gráficos e interrelaciones que hacen posible acercarse con solvencia al estudio del sector público; lo citado, en p. 10.

(25) Estas Entidades de Derecho público que por ley han de ajustar sus actividades al ordenamiento privado se confunden, al no existir un criterio claro de distinción, con los Organismos Autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos, según la subdivisión hecha por el artículo 4 LGP. *Vid.* ESTEVE PARDO, J., «Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo y Entidades de Derecho público que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado», en *RAP*, núm. 92, 1980, en especial pp. 358 a 361.

visión se da en otros ámbitos territoriales apareciendo las Comunidades Autónomas con Entidades de Derecho Público o con sociedades mercantiles, además de los posibles Organismos Autónomos. Las Corporaciones Locales, por su parte, pueden tener Organismos autónomos o entidades mercantiles. De aquí este mosaico heterogéneo de difícil sometimiento a sistema y producto de una evolución histórica compleja (26).

Aún más, queda por añadir a lo descrito la existencia de empresas privadas sometidas a controles institucionales, donde la presencia y la intervención pública no es debida a la participación mayoritaria en el capital social (por ejemplo, la Compañía Telefónica Nacional de España en la que el Estado, directa o indirectamente, tiene el 46,63 por 100), sino al ejercicio de potestades que en la vida de la compañía le corresponden al Delegado Oficial del Gobierno. En este caso, parece jurídicamente correcto excluir a estas empresas privadas del ámbito de aplicación de la LI con fundamento en la siguiente argumentación: a) el personal que presta en ellas sus servicios no se encuentra incluido en la enumeración que establece el artículo 2 LI, y b) no puede sostenerse que la imprecisa expresión del artículo 1, párrafo segundo, LI, sobre «Empresas de ellas dependientes», incluyan al tipo de las descritas, por cuanto la LI, como norma limitativa de derechos, ha de interpretarse sin extender su ámbito más allá de lo querido por las normas que, en el apartado b) del artículo 2.1 se ha pronunciado por delimitar las empresas del sector público con el criterio de la participación en el capital social y sólo cuando ésta sea superior al 50 por 100 entrará en el ámbito de aplicación de la LI (27).

(26) En este sentido, *vid.* MARTÍN MATEO, R., *Derecho Público de la Economía*, cit., pp. 377 y ss. En general, el concepto de empresa pública está lleno de dificultades por la imprecisa separación entre sector público y privado, y con provecho puede verse SERRA, A., «La empresa pública en la Constitución», en *REDA*, núm. 22, 1979, pp. 351 y ss.; ROMANI BIESCAS, A., «El futuro de la Empresa pública», en AA. VV., «Estado y sector público/empresa pública», en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 9, 1981, pp. 219 y ss.

(27) Lo que se afirma es la no inclusión de la CTNE en el sector público a los efectos de la LI. Por tanto, no ha de reputarse el puesto de trabajo en la CTNE como uno de los de sector público a los efectos del supuesto de incompatibilidad previsto en el artículo 1.1 LI. Ahora bien, si se desempeña un puesto de trabajo en el sector público y se pretende compatibilizar con otro en el sector privado (a estos efectos, la CTNE) podría funcionar la prohibición de compatibilidad prevista en el artículo 12.1.c) para quienes estando en el sector público pretenden desempeñar «cargos de todo orden» en empresas concesionarias (la CTNE es concesionaria del servicio público de teléfonos) o con participación del sector público. Por consiguiente, el razonamiento de exclusión del sector público a efectos de la LI tiene para los trabajadores de la CTNE la virtualidad de no hacerlos incompatibles con otras actividades privadas, con la gravedad que esta imprecisión legal encierra a los efectos de, por ejemplo, lo previsto en el artículo 11.6 del Real Decreto 598/1985.

Por otra parte, la historia del servicio público de teléfonos y el análisis de la CTNE puede verse en el básico libro de MARTÍN MATEO, R., *Ordenación del sector público en España*, Madrid, Civitas, 1973, pp. 236 a 246. El dato exacto de la participación del Estado en la CTNE en *El sector público empresarial*, cit., p. 171.

Finalmente, y a los efectos de fijar los límites de la expresión sector público usada por la LI, que no coincide, como se ve, con la usada por la LGP, hay que añadir unas notas sobre la previsión del artículo 1.1 LI de incluir como actividad en el sector público «a las Entidades colaboradoras y las concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria». Esta afirmación adolece de una enorme vaguedad que de ser aplicada con el rigor técnico que las expresiones «entidades colaboradoras y concertadas» tiene en la Seguridad Social, conduciría a efectos indudablemente no queridos. Quizá al darse cuenta de esta insegura situación, el artículo 2 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, viene a establecer que se entiende por entidades colaboradoras o concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria, «aquellas entidades de carácter hospitalario o que realicen actividades propias de estos centros, que mantengan concierto o colaboración con alguna de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, siendo su objeto precisamente la asistencia sanitaria que éstas están obligadas a prestar a los beneficiarios de cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social». No cabe la menor duda que el ámbito de la previsión genérica del artículo 1 LI ha sido limitado y, en resumen, puede recapitularse así:

A) Entidades colaboradoras en la prestación de asistencia sanitaria que, como es sabido, tiene carácter voluntario y para los riesgos de enfermedad común y enfermedad no profesional, las empresas o agrupaciones de empresas a este único fin, pueden asumir la asistencia sanitaria de sus propios trabajadores (art. 208 de la Ley General de la Seguridad Social y Orden Ministerial de 25 de noviembre de 1966, BOE de 7 de diciembre, modificada por Orden Ministerial de 24 de abril de 1980, BOE de 10 de mayo). Uno de los requisitos, básico en el diseño normativo de la colaboración en la asistencia sanitaria, es que ésta se lleve a cabo por personal sanitario que preste sus servicios a la Seguridad Social. Este requisito se ha convertido en ilegal por el juego interpretativo de los artículos 1.1 de la LI y el 2 del Reglamento (Real Decreto 598/1985), de tal suerte que el personal asistencial de la Seguridad Social no puede trabajar en los centros hospitalarios o asimilados montados por las empresas colaboradoras porque ambas son sector público (se ha de dejar a un lado las situaciones de derecho transitorio, *vid.* la D. T. 3.ª de la LI y el art. 24, regla tercera, del Real Decreto 598/1985, las que, en resumen, permitan la compatibilidad si ambos puestos se desarrollan a tiempo parcial). Incluso si la asistencia sanitaria se prestase en centros no reputados como hospitales o asimilados, o sea, consultas médicas, también se da la incompatibilidad por imperativo del artículo 11.8 del Real Decreto 598/1985 que, en aplicación del artículo 11.2 de la LI, prohíbe la compatibilidad entre sector público y..., 8, «el personal sanitario comprendido en el artículo 2

de la LI, con el ejercicio de actividades de colaboración o concierto con la Seguridad Social en la prestación sanitaria que no tengan carácter de públicos según lo establecido en el artículo 2 de este Real Decreto».

En este epígrafe hay que incluir a las Mutuas Patronales que colaboran en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y definidas en los artículos 202 de la Ley General de la Seguridad Social y 2.1 del Reglamento sobre colaboración de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo (Decreto 1509/1976, de 21 de mayo, *BOE* de 2 de julio, y modificado por Real Decreto 820/1980, de 14 de abril, *BOE* de 5 de mayo). Estas entidades colaboradoras prestan la asistencia sanitaria ya directamente ya concertadas con cualquier entidad pública o privada. Puede afirmarse que si la gestión es directa, el análisis interpretativo expuesto en el apartado anterior y que conduce a la incompatibilidad para prestar servicios de asistencia sanitaria en una Mutua Patronal y en la Seguridad Social, es correcto. Hay que añadir la posibilidad real de incurrir en incompatibilidad si se trabaja en un centro privado concertado con una Mutua Patronal, y al tiempo en la Seguridad Social, pues el primero ha caído en el ámbito de lo que la LI entiende por sector público (28).

B) Entidades concertadas para la prestación de asistencia sanitaria. El artículo 209 de la Ley General de la Seguridad Social permite al INSALUD concertar con entidades especializadas, públicas o privadas los servicios sanitarios precisos para atender la contingencia de alteración de la salud. En lo referente a incompatibilidades, el régimen será el expuesto: incorporación al sector público a los efectos del ámbito de la LI de quienes presten actividad en hospitales o asimilados concertados; por tanto, incompatibilidad para prestar servicios en dos puestos del sector público y, en los restantes supuestos, juega el sistema de incompatibilidad expresa del sector público con el sector privado (art. 11.8 del Real Decreto 598/1985).

En razón a lo anterior se concluye justamente con el principio que sirvió de introducción: a las dificultades e inseguridades del concepto sector público, se añade una propia y exclusiva inseguridad achacable a la redacción de la LI, lo que permite establecer la necesidad de remediar la inseguridad que supone el paso del sector público al priva-

(28) Sobre el proceso histórico y estructura actual de las Mutuas Patronales, *vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V., *Régimen jurídico de las Mutuas Patronales*, Madrid, Civitas, 1986; sobre la situación del personal médico con la empresa que colaboran en la prestación de asistencia sanitaria, *vid.* MANRIQUE LÓPEZ, F., «Examen del vínculo que une al personal médico con las empresas autoaseguradoras en Seguridad Social», en *REDT*, núm. 27, 1986, pp. 333 y 341, trabajo que ha sido redactado sin tener en cuenta la incidencia de la Ley 53/1984. Con un afán puramente descriptivo, *vid.* el epígrafe «Incompatibilidades» de *Derecho médico*, vol. I, *Derecho médico general y especial*, de MARTÍNEZ CALCERRADA, L., Madrid, Tecnos, 1986, pp. 773 a 781.

do por operaciones de la más diversa naturaleza y con orígenes también dispares: desde el acuerdo del Consejo de Ministros (art. 6.3 LGP) para que en una empresa adquiera o pierda el Estado la condición de mayoritaria, o una resolución del INSALUD que ponga fin a un concierto o una decisión legislativa cuyos objetivos promocionales han sido otros. Conviene, ante este cúmulo de dificultades, poner dos ejemplos pedagógicos y no únicos:

Uno, extraído de la página 75 del libro *El sector público empresarial* ya citado, dice: En 1985 «entre otras operaciones se llevan a cabo las siguientes: Empresa Nacional de Electricidad (ENDESA) compra a FECSA-SEGRE el 20 por 100 de las acciones de Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S. A. (ERZ), además compra a Iberduero, S. A., su participación en ERZ, lo que unido al porcentaje que posee a través de la Empresa Nacional de Hidroeléctrica de Ribagorzana (ENHER) (19,34 por 100 efectivo) da lugar a su incorporación en el grupo ENDESA; en cuyo capital adquiere ésta la mayoría, con 61,76 por 100 efectivo en total». Por tanto, y luego de digerir la plúmbea explicación, se concluye: los trabajadores de ERZ entraron en el ámbito de la Ley de incompatibilidades posiblemente sin saber cuándo ni cómo, lo que es lícito y posible pero inseguro y las consecuencias de orden diverso se irán viendo luego.

Otro, extraído de la lectura de normas jurídicas. Así, el Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques, en su artículo 7.1 previene que en cada puerto de interés general se constituirá una sociedad estatal como sociedad anónima de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.1.a) LGP. La participación del Estado será superior al 50 por 100. Tienen esas sociedades la obligación de contratar a todos los trabajadores portuarios bajo la fórmula de una relación especial de trabajo que se mantiene, trabajando efectivamente el portuario para las empresas estibadoras, mientras no sea contratado como fijo de empresa en cuyo caso nace una relación laboral común y se suspende la especial (arts. 9 y sigs.). Pues bien, por obra de la Ley todos los trabajadores portuarios mientras permanezcan en la relación laboral especial han entrado de lleno en el ámbito de la Ley de Incompatibilidades. Esto es también lícito y posible pero igualmente inseguro porque las consecuencias parecen haber nacido de forma indirecta o incluso no queridas (29).

Es meridiano por otra parte que la LI despliega su ámbito en el

(29) Hay que hacer notar que, dejando a un lado cualquier intento metódico de enumerar el sector público y a efectos del ámbito de la LI, lo más aproximado a la seguridad jurídica que se encuentra es un anexo a la Instrucción de 14 de noviembre de 1985 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública (BOE del 22) sobre remisión de nóminas a la Inspección General, donde se confecciona una tabla de códigos para cada empresa, entes públicos y organismos autónomos del sector público.

sector público incluyendo a los vinculados por un contrato de trabajo según previenen el artículo 2.2 («Todo el personal cualquiera que sea la naturaleza jurídica de empleo») y la D. T. 1.^a («en cuanto a todo el personal laboral») y así lo ha afirmado categóricamente la jurisprudencia (SSTS, Sala Sexta, 7 de octubre de 1986, Ar. 5.415; 8 de mayo de 1987, Ar. 3.413, y 17 de noviembre de 1987, «La Ley» de 8 de febrero de 1988). Es desde luego necesario dejar ya sentado que la incorporación de un sujeto al ámbito de la LI ha de realizarse sin conculcar el principio de igualdad: «las incompatibilidades resultantes han de resolverse de modo que no implique la resolución de supuestos concretos, discriminación para ningún personal respecto a lo que se resuelva en favor de otros en las mismas situaciones fácticas, pues en otro caso se infringiría el derecho fundamental a la igualdad» (STSS, Sala 3.^a, 24 de julio y 5 de octubre de 1984, Ar. 4.259 y 4.946; 18 de abril de 1985, Ar. 1.815, y 10 de febrero de 1986, Ar. 466). Hay una absoluta prohibición de un trato diferente a quienes se encuentren en la misma situación (STS, Sala Tercera, de 19 de noviembre de 1986, Ar. 6.230). Siempre bien entendido que la regla del artículo 14 CE establece la interdicción de la desigualdad injustificada o arbitraria, y no lo que podría llamarse proscripción de los perjuicios ocasionados por los cambios legislativos (STC 148/1984, de 15 de noviembre, BOE de 10 de diciembre).

En la línea de exponer principios generales de carácter interpretativo que afecten a la relación contractual del trabajo por cuenta ajena en el sector público, hay que precisar algunas notas sobre la irretroactividad de la LI y la supuesta aplicación de los denominados derechos adquiridos. La irretroactividad significa constitucionalmente que la norma nueva afectará al futuro y no al pasado en lo que concierne a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales (cfr. art. 9.3 CE y STC 27/1981, de 20 de julio, fdo. j. 10, ratificada en esencia por SSTC 38/1981, 8/1982 y 6 y 41/1983). Existe un campo de acción al legislador ordinario y a las posibilidades de reforma del ordenamiento propios de un Estado Social y Democrático de Derecho (STC 108/1986, fdo. j. 19) y, por tanto, una capacidad de incidencia en el desarrollo futuro de las relaciones, en este caso, laborales, sin afectar los efectos ya consumados en la situación anterior (SSTS, Sala Quinta, 19 de enero de 1987, Ar. 254, y Sala Sexta, 8 de mayo de 1987, Ar. 3413). Hay, por tanto, la posibilidad legal de prohibir el pluriempleo en el sector público por razones de imparcialidad o por razones organizativas o de reparto del trabajo existente, sin que se pueda mantener que se está en presencia de un derecho preexistente, es decir, que «fue declarado o reconocido por una Ley anterior, por lo que ni la Ley ni los hechos de un tercero puede perjudicarlo» (expresión de la STS, Sala Sexta, de 17 de mayo de 1980, Ar. 2.182,

que se trae aquí a colación por reflejar un modelo de razonamiento alejado del marco constitucional).

No existe un derecho a la anquilosis del ordenamiento y sí una capacidad del legislador para ordenar la realidad y adecuarse a los objetivos constitucionales. Sin embargo, aquí se trata de dilucidar algo bien sencillo: si la prohibición legal de compatibilizar dos puestos de trabajo en el sector público es o no una actividad materialmente expropiatoria. Desde luego aparece claro que los bienes y derechos a que se refiere el artículo 33.3 CE «no son expectativas jurídicas, sino derechos ciertos, efectivos y actuales y la privación de éstos es indemnizable» (así puede entenderse el fd. j. 20 de la STC 108/86, de 29 de julio).

En este caso, a la entrada en vigor de la LI había para trabajadores del sector público «un derecho cierto, efectivo y actual» a desempeñar dos puestos de trabajo; no había una simple expectativa a seguir compatibilizando estos puestos de trabajo. Ahora bien, la conclusión de la Ley no fue la extinción de uno de los contratos, sino el derecho a la suspensión en uno de ellos, colocando al trabajador en situación de excedencia. ¿Es esta excedencia la correlativa compensación económica en la operación materialmente expropiatoria llevada a cabo por la LI? Prácticamente con este interrogante termina la Jurisprudencia ordinaria (cfr. STS, Sala Quinta, 19 de enero de 1987, Ar. 254, y STCT de 10 de junio de 1986, Ar. 4.220). Es comprensible incluso que el interrogante sea más fuerte en la relación contractual de trabajo que en la relación funcional, en cuyo caso, por ejemplo, la Audiencia Nacional, sentencia de 21 de abril de 1987 («La Ley», 17 de septiembre de 1987), ha dicho que no puede hablarse de «expropiación de los derechos, sino simplemente de una mutación estatutaria que ha de soportar el funcionario en cuanto tal». Es una cuestión evidentemente opinable y hasta el pronunciamiento del TC es tarea bastante infructuosa apostar por una u otra solución aunque hay indicios en la doctrina del TC que permiten aventurar tanto la constitucionalidad de la prohibición de compatibilizar dos contratos de trabajo en el sector público, como que en el derecho transitorio pueden evaluarse perjuicios indemnizables, no compensados con la excedencia (cfr. STC 99/1987, ratificando la 108/1986, donde ante la jubilación anticipada señala: «esto no impide añadir que esa modificación legal origina una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación»). Incluso hay que añadir como en sentencias del Pleno del TS (SSTS de 15 de julio —dos— y 25 de septiembre de 1987) que en materia de las jubilaciones anticipadas de jueces y funcionarios es posible aplicar la teoría de que el Estado debe indemnizar los perjuicios producidos por la aplicación de una Ley conforme a la Constitución y que para cuantificar la indemnización ha de estarse a los hechos particulares de

cada caso atinentes no sólo a cada cuerpo o carrera administrativa, sino incluso al personal de cada funcionario, hasta donde sea posible la individualización (30).

IV. SUPUESTOS DE INCOMPATIBILIDAD Y AUTORIZACIONES DE COMPATIBILIDAD

La Ley 53/1984 establece los siguientes tipos posibles de incompatibilidades, referidos a quienes están vinculados al sector público por un contrato de trabajo:

— *Incompatibilidad para desempeñar dos puestos de trabajo en el sector público*, entendido en el sentido amplio de no trabajar en dos centros reputados como públicos y en el sentido estricto de no percibir dos sueldos (art. 1.1 y 2 LI). En esta decisión legislativa predomina, como parece lógico, la doble finalidad de buscar la plena dedicación del empleado público a sus tareas y la ordenación del mercado de trabajo, procurando producir un reparto de los puestos controlados por el sector público (31). Pero está igualmente presente la regla de la imparcialidad como criterio orientador de la declaración de incompatibilidad al exigirla el artículo 1.3 LI cuando el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, puedan comprometer la imparcialidad o independencia. La incompatibilidad así establecida es de gran extensión e intensidad y sólo se permite la compatibilidad en la actividades docentes y sanitarias (cfr. art. 3 de la LI y del Real Decreto 598/1985 y en los excepcionales supuestos de los arts. 5 y 6). Aún la norma, a los excepcionales y, en buena medida, coyunturales supuestos de compatibilidad, les pone un límite ahora retributivo: la suma de las percepciones en los dos puestos del sector público no pueden superar ni la remuneración prevista en los PPGGE para el cargo de Director General ni una cantidad calculada a partir de la remuneración en régimen de dedicación ordinaria en la actividad considerada como principal, incrementada en unos porcentajes variables según el grupo funcional o equivalente (art. 7.1 y 2 LI).

Finalmente, reitera el artículo 3.2 LI, la incompatibilidad entre el trabajo en el sector público y la pensión de jubilación (32). Lo que,

(30) *Vid.* análisis de esta jurisprudencia del TS, con citas textuales y amplias de los considerandos más importantes, en GONZÁLEZ SALINAS, P., «La responsabilidad del Estado por anticipar la edad de jubilación», en *RAP*, núm. 114, 1987, pp. 245 y ss.

(31) Esta finalidad puede enmarcarse en la más amplia reflexión de ALONSO OLEA, «El trabajo como bien escaso», en AA. VV., *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo* (edición preparada por F. DURÁN LÓPEZ), Córdoba, Caja de Ahorros, 1983, en especial pp. 21 y ss. Un razonamiento que justifica la prohibición del pluriempleo en el sector público, en la STS de 8 de mayo de 1987, Ar. 3.413.

(32) Sobre el régimen de incompatibilidades entre trabajo remunerado y pensión de jubi-

como es sabido, estaba ya previsto en el artículo 156.2 de la Ley General de la Seguridad Social («el disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que reglamentariamente se determinan»), desarrollado por el artículo 16 de la O. M. 18 de enero de 1967 (BOE del 26) y completado por el artículo 52 LP para 1984 (Ley 44/1983, de 28 de diciembre, BOE de 30 de diciembre), prorrogado para 1985 (D. A. 29, Ley 50/1984, de 30 de diciembre, BOE de 31 de diciembre) y 1986 (D. A. 36, Ley 46/1985, de 27 de diciembre, BOE de 28 de diciembre). Para 1987 y 1988, la incompatibilidad entre trabajo y pensión se regula ya por el Régimen General (art. 156.2 de la Ley General de la Seguridad Social) ya por las previsiones del artículo 3.2, D. A. 9.ª, y D. T. 9.ª de la LI, referidas a lo que se entiende por pensiones públicas (cfr. arts. 27 y sigs., Ley 21/1986, de 23 de diciembre, BOE de 24 de diciembre, y arts. 52 y sigs., Ley 33/1987, de 23 de diciembre, BOE de 24 de diciembre). Por excepción, será compatible la pensión de jubilación parcial con un puesto de trabajo a tiempo parcial en el sector público (33).

— *Incompatibilidad de un trabajo en el sector público con otro en el sector privado.* La construcción legal de este tipo es bastante más compleja que la anterior y aquí el legislador actúa predominantemente para evitar «áreas de coincidencia» y resguardar así la regla de la imparcialidad. De forma secundaria, previene también supuestos de incompatibilidad basados en el principio de eficacia, con criterios que buscan evitar la dispersión de funciones. Referida a la preservación de la imparcialidad, la LI declara incompatible un trabajo en el sector público con otro en el sector privado si éste se relaciona directamente con el desarrollado en «el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviere destinado» (art. 11.1 LI), previéndose, además, que reglamentariamente se podrá determinar «las funciones, puestos o colectivos del sector público, incompatibles con determinadas profesiones o actividades privadas que puedan comprometer la imparcialidad o independencia del personal que se trata» (art. 11.2 LI). En cumplimiento de esta previsión legal, el artículo 11 del Real Decreto 598/1985 lis-

lación, *vid.*, además de lo dicho en nota 19, «La Seguridad Social en la Ley de Presupuestos para 1985», en AA. VV. (dirige ALONSO OLEA), *Trabajo y Seguridad Social en la Ley de Presupuestos para 1985*, Monografía núm. 39 del IEF, Madrid, 1985, pp. 67 y ss.; GÁRATE CASTRO, S., «Pensión de jubilación del Régimen General de la Seguridad Social y ejercicio retribuido de funciones. A propósito de su incompatibilidad en la Ley 44/1983, de Presupuestos Generales del Estado para 1984», en *RL*, núm. 11, 1986, pp. 91 y ss., y CASAS BAAMONDE, M.ª Emilia, «Leyes de Presupuestos, protección complementaria de la Seguridad Social, incompatibilidades», en *REDT*, número 31, 1987, en especial pp. 444 a 446.

(33) Cfr. artículo 12.5 ET y artículo 13 del Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre (BOE de 9 de noviembre), por el que se regula el contrato de relevo. *Vid.* GARRIDO PÉREZ, Eva, *El contrato de relevo*, Madrid, MT, 1987, en especial pp. 64 y 65, aunque no hace referencia a la LI.

tó en ocho apartados actividades privadas no compatibles con otras, correlativamente señaladas, en el sector público. Se pretende, por tanto, concretar al máximo posible el concepto jurídico indeterminado de imparcialidad, refiriendo unas actividades en las que el núcleo esencial del concepto está perfectamente descrito y van desde la prohibición de esferas que, en contacto, pudieran afectar la imparcialidad a supuestos de auténtica concurrencia desleal (34). Este listado y el Real Decreto 598/1985 en su conjunto fue, como ya se ha indicado anteriormente, objeto de tres SSTS, Sala Quinta, de 3 de julio (Ar. 3.853), 21 de octubre (Ar. 5.498) y 18 de diciembre de 1986 (Ar. 7.477) que, en resumen, consideran que «determinar, aunque sea con carácter general, los colectivos del sector público incompatibles con determinadas actividades privadas comporta necesariamente precisar qué colectivos y qué concretas actividades se consideran incompatibles porque pueden comprometer la imparcialidad», no desborda los límites señalados en el artículo 11.2 LI (cfr. el fundamento de derecho tercero de la STS de 18 de diciembre de 1986 citada).

Aún precisa más la LI en dos casos de incompatibilidades entre sector público y actividad privada, basados en la regla de la imparcialidad:

A) El desempeño de actividades privadas por cuenta ajena en los asuntos en los que intervenga o haya intervenido en los dos últimos años por razón del puesto público, incluyendo especialmente en este caso las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se está obligado a atender en el desempeño del puesto público [art. 12.a) LI], muy unido este supuesto a lo previsto en el punto seis del artículo 11 del Real Decreto 598/1985 de enorme importancia y trascendencia para el ejercicio objetivo, transparente e incluso de hondo contenido de moralidad colectiva, en profesionales tales como Arquitectos, Ingenieros y otros titulados al servicio de empresas públicas que actúan en sectores tan sensibles para el ciudadano como el transporte o la energía.

B) El supuesto de incompatibilidad descrito en el apartado c) del artículo 12 LI que, vaya por delante, es de escaso rigor técnico, excesivamente indeterminado y, visto lo anterior, en buena medida inútil. Se trata, desde luego, de un supuesto de incompatibilidad entre la actividad pública y la privada construido de nuevo en torno a la regla de la imparcialidad: el personal comprendido en el ámbito de aplicación de la LI no podrá desempeñar «cargos de todo orden» (¿qué quie-

(34) De la lectura del artículo 11 del Real Decreto 598/1985 puede afirmarse que las actividades privadas y el correlativo personal público referido en los puntos 1, 5 y 6 caen en la preservación de la imparcialidad (contratos de trabajo o relación estatutaria y contrato de trabajo cuya actividad pública viene muy marcada por la necesaria objetividad e imparcialidad). Concurrencia desleal, como importante transgresión de la buena fe contractual que perjudica al empresario público, puede observarse en los puntos 3, 4 y 8 del citado Reglamento (cfr. art. 21.1 ET, y por todas, la STS de 8 de junio de 1987, Ar. 4.138).

re decir «de todo orden»? ¿se incluye a los trabajadores por cuenta ajena o sólo de éstos a los altos cargos y asimilados?) en «empresas o sociedades» (la disyuntiva sobra) «concesionarias» (¿de cualquier concesión administrativa?, ¿prohíbe el precepto trabajar por la mañana en RENFE y por la tarde en una tienda de flores de un Aeropuerto que, como se sabe, es una concesión administrativa?), «contratistas de obras, servicios o suministros» (desde luego que públicos aunque no lo diga el precepto; la indeterminación aquí ya es absoluta y los ejemplos absurdos llueven), «arrendatarios o administradores de monopolios» (se refiera a CAMPSA y Tabacalera, los dos viejos monopolios españoles en camino de desmonte por imperativo del Tratado de Roma que si bien no se muestra contrario a las empresas públicas sí a las restricciones y privilegios en la libertad de comercio) (35) o «con participación o aval del sector público» (¿cualquier participación, cualquier aval?). Como es fácil concluir, la constitucionalidad de este precepto sólo es posible salvarla si se interpreta a luz de la regla de la imparcialidad: no se podrá ejercer un puesto en el sector público y desempeñar otro trabajo (con «cargo» o sin él) en el tipo de empresas privadas enumeradas, en especial las concesionarias, las contratistas públicas o las participadas o avaladas, si guardan relación con la actividad en el sector público, si hay unas «áreas de coincidencia» que evitar. Entenderlo de otro modo es extender el ámbito de las incompatibilidades casi al principio de a quien trabaja en el sector público se le prohíbe trabajar en otra actividad privada.

Dentro de este epígrafe pero no ya basado en la regla de la imparcialidad, la LI declara la incompatibilidad (art. 12.2) entre una actividad privada que «requiera la presencia durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las Administraciones Públicas» y un puesto en el sector público. Por consiguiente, quien esté contratado en el sector público a tiempo completo (ya sea su jornada las cuarenta horas semanales de trabajo efectivo del art. 34.1 ET, ya sea menor por convenio colectivo), no puede trabajar en la actividad privada dieciocho horas cuarenta y cinco minutos semanales o más («la jornada semanal ordinaria en las Administraciones Públicas» es hoy de treinta y siete horas y 30 minutos, según el artículo 1 de la Instrucción de 21 de diciembre de 1983 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, BOE de 22 de diciembre; en cada Comunidad Autónoma puede señalarse otra como es obvio). Por tanto, la regla de eficacia o de organización, fundamento aquí de la in-

(35) Vid. un buen resumen en MARTÍN MATEO, R., *Derecho público de la economía*, cit., pp. 369 y 370. Por cierto, la referencia a esos dos monopolios sobraba porque el desmonte de CAMPSA dará lugar a una nueva sociedad en la que el Estado, directa o indirectamente, tendrá el 51 por 100 y Tabacalera es propiedad del Estado en un 59,55 por 100 (vid. estos datos en pp. 167 y 173 de *El sector público empresarial*, cit.).

compatibilidad declarada, es de sencilla explicación: el límite horario para permitir cualquier actividad privada al empleado público es que no trabaje en ella la mitad o más de lo que, en cada momento, sea la jornada ordinaria «en las Administraciones Públicas», punto que se ha tomado como referencia y no la jornada ordinaria del trabajador en el lugar, rama o actividad en la que se encuentre englobado en el sector público. De ahí se deduce, en aplicación del artículo 12 ET y el Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre (BOE de 9 de noviembre), que el contrato de trabajo en la actividad privada ha de ser conceptuado como a tiempo parcial (36). No obstante, es posible el trabajo, incluso a tiempo completo en la actividad privada, si la actividad pública que se realiza está conceptuada como a tiempo parcial, entendiéndose por tal la que no supere treinta horas semanales (art. 14 del Real Decreto 598/1985).

Por razones también de organización y eficacia real del trabajo, el artículo 13 LI establece una prohibición tajante o un criterio para autorizar compatibilidades, según se quiera leer: «no podrá reconocerse compatibilidad alguna para actividades privadas a quienes se les hubiera autorizado la compatibilidad para un segundo puesto o actividad públicos, siempre que la suma de jornadas de ambos sea igual o superior a la máxima en las Administraciones Públicas.

Finalmente, y dentro de las mismas consideraciones sobre eficacia y organización, el artículo 11 del Real Decreto 598/1985, tomando como fundamento la habilitación legal del también artículo 11 LI, establece en su apartado 7, respecto a todo el personal incluido en el ámbito de aplicación pero especialmente para Arquitectos, Ingenieros y otros titulados, la incompatibilidad entre un puesto público y cualquier otra actividad (dirección de obra, de explotación o análoga) que puede «suponer coincidencia de horario, aunque sea esporádica», con su actividad en el sector público (sobre lo que significa a estos efectos dirección de obra, *vid.* STS de 18 de diciembre de 1986, Ar. 7.477). Significa que presumiblemente la actividad privada, en sí misma considerada, analizada en sus funciones y no en su concreta realidad, puede suponer coincidencia de horario. Esta es quizá la regla organizativa de mayor importancia de las diseñadas por la Ley y su aplicación permite

(36) Sobre los problemas que se plantean derivados de la propia identificación del contrato de trabajo a tiempo parcial, *vid.* DURÁN LÓPEZ, F., «Modalidades de contratación laboral», en AA. VV., *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, Madrid, MT, 1987, pp. 119 y ss. Dentro de estas situaciones de trabajo a tiempo parcial es interesante el razonamiento que establece la STCT de 2 de diciembre de 1986, AL, núm. 10, 1987, pp. 532 y ss., de considerar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo a los efectos del 50.1.C) y 2 ET, la decisión de una empresa que pretende imponer a un trabajador de una jornada de tres horas y media diarias de lunes a viernes otra de cuatro horas, «con lo que le haría incidir de lleno en incompatibilidad regulada por Ley de 26 de diciembre de 1984».

conseguir los objetivos expuestos en la exposición de motivos (dedicación del personal público, esfuerzo en la ejemplaridad y eficacia de los empleados públicos).

— *Incompatibilidad entre dos trabajos en el sector público o entre uno en éste y otro en el privado, si en el público se desempeña un puesto que «comporta la percepción de complementos específicos o concepto equiparable»* (art. 16.1 LI). Este precepto no puede ser aplicado en su literalidad y precisa de un análisis que pretenda descubrir su verdadero alcance (37). Estudiar la aplicación de este precepto a los funcionarios públicos, se aleja de los objetivos de este trabajo y bastará decir que respecto a los funcionarios se refiere al complemento específico que, como retribución complementaria, define el artículo 23.3.6 de la Ley 30/1984: «el complemento específico destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad». Cuando la Ley de PPGGE 50/1984, instaura el complemento específico (art. 11) retribuye «la dificultad, técnica, dedicación, responsabilidad, peligrosidad o penosidad». Nada dice de la incompatibilidad (las sucesivas leyes de PPGGE para 1986, art. 13, para 1987, art. 15 y para 1988, art. 31, se limitan a aumentar la cuantía sin modificar el concepto). Es posible afirmar, dentro del monto total fijado en la Ley de Presupuestos, que el Gobierno tiene atribuciones para confeccionar relaciones de puestos de trabajo (*vid.* como ejemplos las aparecidas en el BOE de 17 y 20 de enero de 1987) fijando complementos específicos y sólo cuando éstos retribuyan la máxima dedicación y prolongación de jornada para el nivel que ocupe el funcionario, tendrán la virtualidad incompatibilizadora del artículo 16 LI.

Mucha mayor complejidad interpretativa tiene aplicar el artículo 16 LI a la estructura salarial de los trabajadores por cuenta ajena («percepción de complemento específico o concepto equiparable»). Se trata de buscar qué puede significar la LI cuando habla de «concepto equiparable». Para llegar de forma segura a una interpretación con visos de verosimilitud hay que comenzar por afirmar que esta causa de incompatibilidad, común a los dos tipos descritos, pretende afirmar que, si se trabaja en régimen de exclusiva para el empleador público, no cabe ya ningún tipo de compatibilidad ni con otro empleo público ni privado. Referido al contrato de trabajo esto tiene un nombre y un tratamiento jurídico: el pacto de exclusiva del artículo 21 ET («no podrá efectuarse la prestación laboral para diversos empresarios... cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa

(37) En este sentido, *vid.* el exhaustivo trabajo de MARTÍN PÉREZ, L. F., «Consideraciones sobre la actividad privada de los servidores públicos ante la Ley 53/1984. Análisis especial del artículo 16 de esta norma legal», en *La Ley*, T. 2, 1987, pp. 1083 y ss.

en los términos que al efecto se convengan») (38). El régimen jurídico de este pacto de exclusiva (39) puede caracterizarse por un doble procedimiento:

A) El régimen de dicho pacto cuando se conviene en contrato individual de trabajo: 1.º ha de ser libremente concertado por el trabajador; 2.º se ha de compensar económicamente de forma expresa; 3.º el trabajador puede rescindir (40) el acuerdo de plena dedicación y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo (art. 21.3 ET), y 4.º es posible, que la plena dedicación se «constituya en motivo principal y relevante del contrato» y entonces no «es factible individualizar la libertad de trabajo del resto de las condiciones de trabajo» (STCT, de 17 de mayo de 1982, Ar. 2.894).

B) Se puede caracterizar este pacto de exclusiva analizando el régimen jurídico que puede fijarse desde los convenios colectivos: 1.º es posible determinar por convenio puestos de trabajo que lleven aparejada la plena y exclusiva dedicación; 2.º es, desde luego, de libre aceptación por el trabajador la exclusiva y, por tanto, la percepción salarial que por el convenio se fije; 3.º la denominación es plural en los convenios colectivos, pero todas (especial responsabilidad, plena disponibilidad, exclusiva, libre disposición) significan claramente una relación entre trabajar para un solo empresario y la percepción de una cantidad, y 4.º debe admitirse (el tenor del art. 21.3 ET deja margen para ello) que aún, una vez percibida la retribución por exclusiva, es posible al trabajador, comunicándolo por escrito con preaviso de treinta días, «recuperar su libertad de trabajo» (41).

Por tanto y en resumen, el artículo 16 LI será de aplicación a los contratos de trabajo cuando y sólo cuando se esté a presencia de un pacto de exclusiva construido, ya vía contrato de trabajo ya de convenio colectivo, de acuerdo con el régimen jurídico expuesto y que se

(38) En la relación especial de altos cargos se supone la vinculación exclusiva (art. 8 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, BOE del 12) del trabajador, salvo pacto en contrario o autorización del empresario. Sobre los problemas que plantea la exclusividad y no concurrencia del alto directivo, *vid.* FERNÁNDEZ, M.º F., y RODRÍGUEZ PIÑERO, N., «La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/1985 (I)», *RL*, núm. 5, 1988, pp. 33 y ss.

(39) Sobre el pacto de exclusiva, *vid.* especialmente DURÁN LÓPEZ, F., «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa», en AA. VV., *Comentarios a las Leyes Laborales* (dirigidos por E. BORRAJO), T. V, Madrid, Edersa, 1985, pp. 178 y ss. Un buen resumen en ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M.º E., *Derecho del Trabajo*, 1.º ed., Madrid (Complutense), 1987, p. 261, y ALBIOL, CAMPS, GARCÍA NINET, LÓPEZ GANDÍA y SALA FRANCO (director), *Leciones de Derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1987, p. 462.

(40) *Vid.* DURÁN LÓPEZ, F., «Plus de responsabilidad y especial dedicación: naturaleza y regímenes jurídicos», en *RL*, núm. 23, 1987, en especial conclusiones en pp. 103-104.

(41) DURÁN LÓPEZ, F., «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa», *cit.*, pp. 188-190, sostiene que para dar satisfacción al interés empresarial podría fijarse en convenio colectivo que la rescisión del pacto de exclusiva es causa de extinción del contrato, introducida por la vía del artículo 49.2 ET.

desprende, en sustancia, del Estatuto de los Trabajadores al que no ha alterado la LI.

— Como cláusula de cierre del control de las incompatibilidades expuestas, y en especial las existentes entre un puesto de trabajo en el sector público y otro en el privado, el artículo 14 LI establece un deber genérico de declaración: *a)* el ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las Administraciones Públicas requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad y *b)* quienes legalmente pueden desempeñar dos puestos públicos deberá instar el reconocimiento de compatibilidad.

El régimen de las autorizaciones de compatibilidad están, en lo que se refiere al sector público estatal, centralizadas, ya se trate de dos puestos públicos, ya de uno público y otro privado, en el Ministerio para las Administraciones Públicas (en la LI, arts. 9 y 14, se habla del Ministerio de la Presidencia, hoy desaparecido y, a estos efectos, heredado por el citado de Administraciones Públicas, cfr. Real Decreto 1519/1986, de 21 de julio, BOE de 26 de julio) y dentro del mismo a la Secretaría del Estado para la Administración Pública y la Inspección General de Servicios, con nivel orgánico de Dirección General. En las Comunidades Autónomas, al órgano que según su propia decisión le corresponda y en las Corporaciones Locales, al Pleno. Pero cuando las resoluciones de todos esos órganos de las respectivas Administraciones se refieran a la situación de incompatibilidad o de compatibilidad de trabajadores por cuenta ajena, la jurisdicción competente para conocer de la revisión de lo resuelto en vía administrativa será la laboral (art. 1 LPL). Esta conclusión que, por lo demás, es harto manifiesta, no fue inicialmente mantenida por la Administración al sostener la competencia exclusiva, fueran o no trabajadores los afectados, de la jurisdicción contenciosa (ejemplo en la jurisprudencia, la STS, Sala Sexta, 17 de febrero de 1987, Ar. 875, «dada la naturaleza de la resolución, la vía adecuada es la contencioso-administrativa, declarando la incompetencia laboral». Una situación confusa en STS, Sala Sexta, de 17 de marzo de 1987, Ar. 875). Al parecer de una forma ya definitiva y rotunda, el TS y el TCT han dejado claro el asunto, recabando el conocimiento de las resoluciones de incompatibilidades que afectan a contratos de trabajo del sector público, a la jurisdicción laboral (SSTS, Sala Sexta, 25 de marzo, 27 de mayo, 6 de junio y 7 de julio de 1987, Ar. 2.266, 3.892, 4.135, y A. L. 37/1987, págs. 2063 y sigs., y STCT de 18 de julio de 1986, Ar. 4.556).

V. EFECTOS DE LA INCOMPATIBILIDAD Y CONSECUENCIAS DE LA COMPATIBILIDAD AUTORIZADA. ESPECIAL ESTUDIO DE LA EXCEDENCIA

El régimen jurídico de las incompatibilidades se construye en razón a las situaciones descritas: prohibición de dos trabajos en el sector público o de un trabajo en el público y otro en el privado. Al tiempo, y en razón a circunstancias ya analizadas, se regula también un régimen de compatibilidades, o sea, la posibilidad legal de romper el círculo de prohibiciones o incompatibilidades. Esta construcción normativa que ordena el trabajo en el sector público, queda conceptualmente cerrada si se examinan los regímenes previstos en la LI para regular las situaciones futuras y las transitorias.

La regulación de los supuestos futuros responden a la previsión que encierra el artículo 10 LI, esto es, qué pasa con quienes trabajando en el sector público «accedan por cualquier título a un nuevo puesto del sector público que con arreglo a esta Ley resulta incompatible con el que vinieran desempeñando. Esta previsión legal es insuficiente porque no engloba todas las posibilidades: se puede pasar no sólo a la situación descrita en la norma (un trabajo en el sector público con otro de igual calidad), sino de dos privados a uno privado y otro público o a dos públicos. Además, para explicar la naturaleza y alcance del régimen jurídico construido por la norma hay que señalar, inicialmente, que la terminología y el propio supuesto están redactados con expresiones del derecho de funcionarios y no pensando en trabajadores vinculados por un contrato de trabajo. No obstante, la solución jurídica propuesta es única: la incompatibilidad sobrevinida produce un derecho de opción y, ejercida, la excedencia voluntaria en el trabajo público que se deje.

El derecho transitorio, por su parte, intenta resolver los problemas derivados de la aplicación de la Ley a situaciones creadas con anterioridad con dos soluciones: *a)* cuando la incompatibilidad acaecida por la entrada en vigor de la LI se produce por ocupar dos puestos en el sector público, ha de optarse por uno de los dos y, en el puesto que se deja, la excedencia como solución, y *b)* cuando la incompatibilidad se produce entre el sector público y la actividad privada: si esta situación era desconocida para la Administración, hay el deber de comunicarlo y funcionará el régimen normal; si era conocida por previa declaración de compatibilidad, se respeta y «la adecuación a las normas de esta Ley de los reconocimientos de compatibilidad de actividades privadas, afectadas con anterioridad a su entrada en vigor, se realizará en la forma que reglamentariamente se determine» (D. F. 3.º, pág. 3 LI). Esas normas reglamentarias no se han dictado y de dictarse no po-

drán ir más allá de normas procedimentales sin alterar lo previsto en la Ley pero aplicando desde luego los supuestos que, ya por razones de imparcialidad ya por razones de organización, se han declarado incompatibles.

Hay, por consiguiente, un elemento de unión entre los supuestos contemplados por el artículo 10 y por la D. T. primera: se trata de dos trabajos en el sector público que se venían ejerciendo o que se van ahora —después de la vigencia de la LI— a desempeñar. Y una solución jurídica: la excedencia. El régimen jurídico de esa excedencia plantea problemas graves en su interpretación y la primera pregunta a responder es si la excedencia del artículo 10 LI es del mismo tipo que la prevista en la D. T. primera. El artículo 10 adjetiva la excedencia de voluntaria; la D. T. habla sólo de excedencia e igual lo hace el artículo 20 del Real Decreto 598/1985. Esta diferencia de lenguaje sólo tiene sentido plantearla si encerrara en realidad dos tipos de excedencia: la voluntaria para el futuro y la forzosa (la no adjetivada) para el derecho transitorio.

No parece existir fundamento alguno para entender que la excedencia no adjetivada en la Ley sea, sin más, del tipo de la forzosa, esto es, la que da derecho a «la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad en su vigencia» (art. 46.1 ET) y, por otra parte, así lo ha ido entendiendo la jurisprudencia, al analizar el derecho transitorio «declaración de incompatibilidad con las consecuencias legales inherentes de excedencia voluntaria» (SSTS, Sala Sexta, 7 de diciembre de 1987, A. L. 13/1988, págs. 690 y sigs., y 8 de mayo de 1987, Ar. 3.412, que no adjetiva la excedencia pero no cabe del contexto inferir otra cosa). Parece, por tanto, lógico afirmar que tanto una como otra excedencia, la adjetivada y la que no, pertenecen a un mismo tipo y deben tener un mismo régimen jurídico (42).

Sin embargo, la excedencia voluntaria arbitrada como solución en la LI tampoco debe ser considerada, sin más, como la excedencia voluntaria que aparece en el artículo 46.2 ET: un derecho del trabajador de ejercicio potestativo en el que, una vez reconocida la situación de excedente voluntario, éste «conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa» (art. 46.5 ET). Por consiguiente, el régimen jurídico habrá que buscarlo, para los trabajadores afectados, en las normas de común aplicación (Estatuto de los Trabajadores, convenios colectivos o, en su caso, Ordenanzas de Trabajo) pero sin

(42) En general, sobre excedencia laboral *vid.* VIDA SORIA, S., «La excedencia de los trabajadores», en AA. VV., *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. IX, vol. 1, Madrid, Edersa, 1983, pp. 96 y ss.; PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial*, Madrid, Montecorvo, 1983, y MONGE RECALDE, J. L., *La excedencia laboral en la jurisprudencia*, Barcelona, Bosch, 1987.

olvidar que posiblemente la LI tiña de singularidades interpretativas a la situación de excedencia voluntaria.

En primer lugar, aquella excedencia voluntaria no se produce por un derecho que «tiene el trabajador de situarse en excedencia voluntaria por un plazo menor a dos años y no mayor de cinco» (art. 46.2 ET). Se produce por decisión de la ley y, en los supuestos de derecho transitorio (auténtica cuestión cardinal), como fórmula para resolver el derecho, cierto y efectivo, que tenía el trabajador a desempeñar hasta aquel momento dos contratos de trabajo en el sector público. Por tanto, puede afirmarse que este tipo de excedencia «no fue realmente espontánea ni voluntaria» (STCT de 7 de septiembre de 1987, A. L. 41/1987, págs. 2315 y sigs.). Si esta afirmación es válida, puede, a continuación, sostenerse que, en tal caso, no opera el plazo del año exigido como antigüedad por el ET para solicitar la excedencia. Y ello a pesar de que de forma innecesaria, el Acuerdo Marco para el personal laboral de la Administración de 24 de enero de 1986 (BOE de 7 de febrero) en su capítulo VIII, 3, señale: «el trabajador que como consecuencia de la normativa de incompatibilidades debe optar por un puesto de trabajo, quedará en el que cesare en situación de excedencia voluntaria, aun cuando no hubiera cumplido un año de antigüedad en el servicio». Se trata, por tanto, de una excedencia impuesta que actúa si se dan los supuestos, sea cual fuere el tiempo de servicios previos y lo digan o no los convenios colectivos.

En segundo lugar, qué tiempo durará esa situación de excedencia y cómo puede pedir el reingreso el trabajador: el artículo 46.2 ET, fija el derecho al reingreso en cinco años; en la LI no hay ninguna previsión de plazo y sucede que al ser tratamiento común a funcionarios y a trabajadores, las consecuencias de la expresión excedencia voluntaria son diversas: si a funcionarios, la interpretación conjunta de los artículos 29.3 de la Ley 30/1984 y 17 del Real Decreto 730/1986, de 11 de abril, BOE, de 17 de abril, conduce a afirmar que el derecho al reingreso tiene vigencia indefinida; si a trabajadores por cuenta ajena, el artículo 46.2 ET impondría un plazo de hasta cinco años. Tal conclusión parece discriminatoria y deja innecesariamente y quizá sin fundamento el tratamiento igualitario que la LI da a los empleados en el sector público, sean trabajadores o funcionarios. Sería tarea difícil encontrar razones en la LI para sostener una tesis de discriminación en la Ley entre trabajadores y funcionarios. Convencionalmente, las partes firmantes del Acuerdo Marco de 24 de enero de 1986, ya referido han llegado a la misma conclusión: «el trabajador conservará indefinidamente el derecho preferente al reingreso». Esta postura se repite en otros convenios colectivos (por ejemplo, convenio colectivo para el personal laboral del MEC de 10 de diciembre de 1987, BOE de 18 de diciembre).

En tercer lugar, no hay desde luego una reserva de plaza, sino el derecho a ocupar una vacante. No hay reingreso automático, debe existir vacante de igual o similar categoría. Como es sabido, si alega el empresario la falta de vacante, el trabajador puede combatirla por la vía del proceso laboral declarativo ordinario (SSTS de 15 de junio de 1983, Ar. 3.014; 18 de septiembre de 1984, Ar. 4.429, y 25 de noviembre de 1985, Ar. 5.888). Sin embargo, si hay negativa infundada a readmitir, no discutiendo la existencia de vacante, equivale a un despido, y por esa vía procesal puede ser impugnada (SSTS, Sala Sexta, 23 de marzo de 1983, Ar. 1.179, y 17 de octubre de 1984, Ar. 5.288, y STCT de 10 de mayo de 1984, Ar. 4.183); el derecho subsiste mientras exista la empresa y si cierra sus instalaciones hay que indemnizar al trabajador ya por mutuo acuerdo ya por la vía del expediente de regulación de empleo (SSTCT de 4 de junio y 9 de julio de 1986, Ar. 4.044 y 5.896.)

En cuarto lugar, la excedencia voluntaria regulada en el artículo 46 ET no es situación asimilada al alta (art. 95.2 de la Ley General de la Seguridad Social) y «a efectos de seguridad social deja de tener trascendencia alguna» (cfr. SSTCT de 11 de enero de 1983, Ar. 139, y 16 de enero de 1986, Ar. 233) (43). Esta afirmación, por lo demás de sobra conocida, no es de exacta aplicación a lo regulado en la LI y, así, su D. A. primera establece que las situaciones de incompatibilidad que se produzcan por aplicación de esta Ley se entienden con respecto a los derechos consolidados o en trámite de consolidación en materia de Derechos Pasivos o de pensiones de cualquier régimen de seguridad social, quedando condicionados, en su caso, a los niveles máximos de percepción o de actualización que puedan establecerse». Dejando a un lado la situación de los funcionarios públicos que, a este respecto, ha sido resuelta por la D. T. segunda del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, BOE, de 27 de mayo), la aplicación de la D. A. primera de la LI a los trabajadores por cuenta ajena plantea graves problemas interpretativos. El impacto de la incompatibilidad, declarada a la entrada en vigor de la LI o sobrevenida durante su vigencia, sobre las pensiones posibles de cualquier régimen de la Seguridad Social puede ser de enorme trascendencia. Incluso más lo puede ser sobre las medidas de seguridad social complementaria de pensiones, convencionalmente establecidas en la empresa que se deja en excedencia por incompatible según la LI.

Las soluciones no son fáciles y puede ser una fuente de notables conflictos por la ambigüedad e insuficiencia de la norma. Para los supuestos de pensiones de la Seguridad Social el camino pasa por ob-

(43) VIDA SORIA, *op. cit.*, p. 117, y PEDRAJAS MORENO, *op. cit.*, pp. 456 a 482.

servar las reglas para la obtención de la base reguladora en los casos de pluriempleo (cfr. arts. 74.2 y 89.3 de la Ley General de la Seguridad Social), actualizándolas conforme a los criterios de los artículos 3 de la Ley 26/1985, de 31 de julio (BOE de 1 de agosto), y 5.2 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre (BOE de 5 de octubre). Esta solución vale, sin más, al haber desaparecido el requisito del alta (art. 1 de la Ley 26/1985), pero tiene una concreta extensión temporal: noventa y seis meses. Por consiguiente, la pregunta se plantea si el derecho a acumular cotizaciones se mantiene vivo pasados los ocho años de la norma (art. 3 de la Ley 26/1985). La respuesta puede ser afirmativa en razón a lo dispuesto en la D. A. primera de la LI («respeto a los derechos consolidados») y a través de entender que la excedencia por incompatibilidad lleva en su régimen jurídico no sólo el derecho al preferente reingreso, sino el respeto a este derecho de acumular cotizaciones, sea cual fuere el tiempo transcurrido y siempre que permanezca la situación de excedencia.

Igualmente, con dificultades resulta la aplicación de la D. A. primera de la LI a la Seguridad Social complementaria convenida, en convenio colectivo o en contrato individual de trabajo. Las mejoras a las pensiones de jubilación, invalidez permanente, muerte y supervivencia que están en el patrimonio del trabajador ya normativamente (convenio colectivo) ya individualmente pactada, deben ser respetadas cuando llegue el hecho causante. A esta conclusión puede llegarse a pesar de la expresión de la D. A. primera de la LI «pensiones de cualquier régimen de la Seguridad Social»: las medidas protectoras adoptadas que mejoran las prestaciones básicas forman parte del sistema de Seguridad Social (arts. 21 y 181 de la Ley General de la Seguridad Social). En el caso del sector público quedan condicionadas a los niveles legales máximos de percepción (44). La excedencia incluye pues el respeto al derecho a las mejoras complementarias de las pensiones que el trabajador tenía al momento de ser situado en excedencia por incompatible (45).

Resumiendo, es posible afirmar que dentro de la ya confusa regulación de la excedencia en el Derecho del Trabajo la LI ha venido a crear una especie nueva que se caracteriza por las siguientes notas:

(44) En contra, con fundadas argumentaciones, de la limitación que las Leyes de Presupuestos vienen fijando al importe conjunto, incluidas las mejoras voluntarias, de todas las pensiones públicas de un mismo titular [para 1988, 187.950 ptas., art. 63.4, en relación con el art. 52.g) de la LP 33/1987, de 23 de diciembre], *vid.* GALIANA MORENO, J. M., y SEMPERE NAVARRO, A. V., «La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas por convenio colectivo a cargo de una empresa pública», en *AL*, núm. 8, 1987, pp. 393 y ss.

(45) En general, sobre Seguridad Social complementaria *vid.* MARTÍN VALVERDE, A., *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, Sevilla, IGO, 1970; CASAS BAAMONDE, M.^a Emilia, *Autonomía colectiva y Seguridad Social*, Madrid, IEF, 1977, y, en resumen, ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, S. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 11.^a ed., 1988, pp. 453 y ss.

a) la excedencia del derecho transitorio y las que se den en el futuro durante la aplicación de la ley pertenecen al género de las denominadas voluntarias; b) la excedencia opera por imposición de la ley sin necesidad de tener ningún tiempo previo de servicios; c) el derecho al reingreso tiene vigencia indefinida; d) el reingreso no es automático, precisa de vacante pero su denegación o desaparición de la empresa equivale a despido. Como se ha dicho, «no es ya un derecho preferente, sino un derecho consolidado por el mero hecho de la vacante» (46), y d) la excedencia por incompatibilidad incorpora a su régimen jurídico la posibilidad de continuar usando el derecho a la acumulación de cotizaciones para obtener la base reguladora de las pensiones de la Seguridad Social, así como el ejercicio de posibles derechos a mejoras en la Seguridad Social convencionalmente establecidas.

Si esta fórmula de la excedencia, interpretada con esta característica, es bastante para satisfacer la pérdida de uno de los empleos del sector público que en el derecho transitorio se contempla, es cuestión a contestar por el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, hay que plantearse si es la excedencia el único instrumento jurídico-laboral que puede desplegar sus efectos durante la vigencia de la LI. Efectivamente, el artículo 10 LI contempla «el acceso» a otro empleo del sector público, por tanto, una decisión voluntaria, ya a través de fórmulas funcionariales ya a través de la suscripción del correspondiente contrato de trabajo. Pero pueden suceder otros supuestos que dada la versatilidad del sector público ya estudiada no es cuestión baladí: un empleo privado declarado compatible puede convertirse en público o de dos empleos privados, uno o los dos, pueden entrar en el sector público. Y sin intervención alguna de la voluntad del trabajador. Lo que hay que analizar es si aparece o no una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que dan lugar a indemnización. Desde luego, el cambio de empresario pone en marcha los mecanismos de la sucesión de empresa (art. 54 ET) y no extingue, por tanto, los contratos. Tampoco se reputa al cambio de empresario una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ni de las listadas en el artículo 41.2 ET ni de las del 50.1 ET. Sin embargo, subsiste la duda, pues si es claro lo que acaece cuando se está a presencia de dos empleos públicos que uno de ellos ha de quedar en excedencia, no aparece resuelto en la LI el supuesto de un trabajo sobrevenido público con otro privado que resulte incompatible (por razones de la regla de imparcialidad o por razones organizativas de horario o reparto de trabajo). La solución que parece más acorde con la norma es, sencillamente, la petición de compatibilidad y, de ser fun-

(46) RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria», en *RL*, núm. 14, 1987, p. 6. *Vid.* sobre reingreso con negativa injustificada equivalente a despido, la muy completa STS, Sala 6.ª, de 25 de enero de 1988, *La Ley*, 6 de abril de 1988.

dadamente denegada, funcionen los mecanismos de la Ley: opción y excedencia, caso de dos públicos u opción y, si lo es por el público, extinción del contrato de trabajo privado.

Finalmente, hay que señalar algunos aspectos concretos sobre el régimen disciplinario que rodea a las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público: el incumplimiento debe reputarse una transgresión de la buena fe contractual que, como se ha afirmado, engloba todas las violaciones de los deberes de conducta (47) y, en razón del grado y culpabilidad, podrá dar lugar al despido procedente del trabajador o, en general, «será sancionado conforme al régimen disciplinario de aplicación» (art. 20.1 LI).

El artículo 20.2 LI y 16 del Real Decreto 598/85 establecen un sistema sancionador agravado con el siguiente régimen: *a*) que se trate de trabajos declarados incompatibles; *b*) que en el sector público se incurra en faltas de asistencia al trabajo, negligencia, atraso o descuido en las tareas encomendadas; *c*) que se califique tales faltas de graves o muy graves, y *d*) en tales casos, la falta declarada lleva aparejada la revocación de la compatibilidad reconocida.

(47) ALONSO OLEA, M., y BARREIRO GONZÁLEZ, G., *El Estatuto de los Trabajadores. Texto actualizado, jurisprudencia, comentario*, Madrid, Civitas, 2.ª ed., 1987, p. 241. *Vid.* también FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., «La transgresión de la buena fe contractual. Nota a la STCT de 12 de noviembre de 1981», en *RPS*, núm. 138, 1983, pp. 219 y ss.

Carreras especiales

