

Módulo II

LOS CONFLICTOS DE INTERESES

Tema 2. Ejercicio de otras actividades públicas y privadas

Madrid, mayo-junio 2018

Introducción.....	3
Compatibilidad con actividades públicas.....	6
Compatibilidad con actividades privadas.....	9
Actividades exceptuadas.....	14

Introducción

Los conflictos de intereses más profusamente regulados en nuestro ordenamiento son los que afectan al régimen de incompatibilidades; esto es, el conjunto de normas que limitan la posibilidad de que los empleados públicos puedan desempeñar otra actividad pública o privada.

En nuestro ordenamiento podríamos distinguir dos tipos de regímenes de incompatibilidades, según el colectivo afectado.

Por un lado, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, (en adelante, LI) que es una norma de carácter básico y que se aplica a los empleados públicos de todas las Administraciones Públicas. Es importante señalar, en tal sentido, que esta norma afecta no sólo al personal de las Administraciones Públicas, entendidas en sentido estricto, sino también a los siguientes colectivos:

- » El personal al servicio de Entidades, Corporaciones de Derecho Público, fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50% con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas.
- » El personal que preste servicios en Empresas en que la participación del capital, directa o indirectamente, de las Administraciones Públicas sea superior al 50%.

Además estas normas se complementan con otras más rigurosas en relación con algunos colectivos; por ejemplo, en el supuesto del personal directivo, funcionarios de Cuerpos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, etc.

Y, en segundo lugar, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (en adelante, LAACC), cuyo ámbito de aplicación se limita a los puestos que tienen tal condición.

Lo que se quiere proteger con estas normas es: de un lado, la plena dedicación al servicio público y, de otro, salvaguardar la independencia e imparcialidad del empleado público impidiendo la realización de actividades que supongan un menoscabo de sus obligaciones y responsabilidades o el ejercicio de actividades privadas que supongan un conflicto de intereses.

Sin embargo, son normas muy cuestionadas por algunos sectores de empleados públicos que ven cercenadas sus posibilidades de conseguir otras retribuciones o, simplemente, de realizar actividades profesionales que les interesan. Y, en este sentido, y tal y como se señaló en el tema anterior, vemos como la delimitación de determinados conflictos de intereses puede, a veces, percibirse por los destinatarios de forma negativa.

No obstante, el fundamento de la existencia de estas limitaciones que, por otro lado, son una constante en todos los ordenamientos de los demás países y, por supuesto, en el sector privado, obedece a lo siguiente:

En primer lugar, el empleado público ha de servir con plena dedicación a la Administración Pública, y ello, porque así lo exige la Constitución Española, en su artículo 103, cuando establece que la Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho” En tal sentido, si la Administración ha de ser eficaz, esta eficacia no se puede predicar sólo de una persona jurídica en abstracto, sino de sus empleados.

Ello implica que el empleado público tiene que cumplir sus obligaciones con su organización, que es la Administración y, en tal sentido, ha de trabajar con dedicación a su puesto público.

En tal sentido, el compaginar un puesto público con un segundo empleo tiene claras consecuencias en el desarrollo de sus funciones; por ejemplo, en lo que concierne al cumplimiento de su horario. Dado que la jornada laboral en la Administración es de 40 horas o de 37 horas y media, si a este número de horas le añadimos una segunda jornada laboral, junto con el tiempo que se ha de dedicar a los traslados, comer, etc., la consecuencia inevitable es que el empleado público no podrá cumplir eficazmente

todas sus obligaciones laborales y, en consecuencia, se resentirá el desarrollo de sus responsabilidades públicas.

El segundo fundamento del régimen de incompatibilidad es, volviendo al citado precepto constitucional, la objetividad e imparcialidad. La objetividad e imparcialidad de los empleados públicos puede verse comprometida si el funcionario tiene otros intereses profesionales; por ejemplo, en el supuesto de un empleado que tiene que intervenir en procesos de contratación, si él trabaja o tiene participaciones sociales en una empresa que también contrata con su organismo; o un empleado público que tiene que controlar o inspeccionar empresas en la que él trabaja o que están en concurrencia con las suyas.

Además de estas consideraciones, el artículo 103.3 de la Constitución establece que la Ley regulará el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. En tal sentido, la Sentencia 178/1989, de 2 noviembre, del Tribunal Constitucional, señala que “el legislador persiga, en definitiva, la «dedicación exclusiva» a la función pública por parte de los empleados públicos no es una finalidad ajena a la exigencia de profesionalidad de los servidores públicos, exigencia conectada directamente al principio constitucional de eficacia de la Administración”.

Por otro lado, no hay que olvidar que, absolutamente, todas las organizaciones públicas y privadas tienen sus propias normas sobre conflictos de intereses impidiendo a sus empleados trabajar en otras organizaciones.

Finalmente, hay que apuntar el artículo 441 del Código Penal, incluido en su Título XIX, relativo a los delitos contra la Administración Pública, y concretamente en el capítulo IX del mismo, *“De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función”*, y que dispone :

“La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí, o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba

intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviera destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”

Ello pone de relieve la importancia que para la Administración Pública puede tener el ejercicio de actividades privadas por parte del funcionario, en cuanto que puede afectar seriamente a los intereses del servicio público, de ahí que algunas conductas puedan ser constitutivas de delito y, en definitiva, que el desempeño de otra actividad no es sólo algo inocuo e intrascendente.

Es importante señalar que el EBEP, en su Disposición Final Tercera, introduce dos modificaciones a la Ley 53/1984: una, relativa a su ámbito de aplicación, que extiende para adaptarlo a las nuevas estructuras organizativas, y otra, para adecuar sus preceptos al nuevo régimen retributivo que se establecerá en las Administraciones Públicas.

Compatibilidad con actividades públicas

Los principios generales que subyacen en todo régimen de incompatibilidades (no sólo de altos cargos o de empleados públicos, sino, en general, de todo el sector público, en el que se incluye a los poderes judicial y legislativo) son los siguientes:

- ⇒ Incompatibilidad de cargos o funciones, según el cual el personal al servicio de las Administraciones Públicas no podrá desempeñar un segundo puesto o actividad en el sector público.
- ⇒ Incompatibilidad retributiva, lo que supone que no se puede percibir más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes o con cargo a los de los órganos constitucionales, o que resulte de la aplicación de arancel, ni ejercer opción por percepciones correspondientes a puestos incompatibles.

En lo que se refiere a las incompatibilidades de actividades públicas, y sólo para empleados públicos, la LI permite que se desempeñen ciertas actividades públicas, siempre con autorización expresa de compatibilidad, que son las siguientes:

- Determinados supuestos en la función docente y sanitaria, en los que se permite la compatibilidad entre la función docente y la asistencial, dado que la docencia en estos supuestos requiere que los alumnos asistan a los centros hospitalarios para recibir su formación.
- La actividad de profesor asociado, a tiempo parcial, en Universidades públicas. La ley permite la docencia en el sector universitario pero solamente bajo esta figura, la de profesor asociado. En consecuencia, no permite (salvo en el sector sanitario al que nos hemos referido antes) la posibilidad de que un empleado público pueda ser Catedrático o profesor titular. La razón de ello no es sólo la dedicación, más reducida, del profesor asociado, sino la característica esencial de éste: su “ajenidad al mundo universitario”, ya que la contratación de un profesor asociado, que no es funcionario de la universidad, está prevista en la legislación universitaria, para que aporte a los alumnos su experiencia profesional “de fuera de la Universidad”; por ello, los empleados públicos pueden obtener la autorización de compatibilidad para esta segunda actividad pública, de forma que puedan ofrecer a los estudiantes su experiencia administrativa.
- Actividades de asesoramiento e investigación, para supuestos muy concretos, por tiempo limitado y siempre que las actividades no correspondan a la de personal adscrito a las Administraciones Públicas. Son supuestos muy limitados, en los que prima la especial capacitación profesional del empleado público que es lo que justifica la contratación.
- Supuestos especiales en los que el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, lo determinen por razón de interés público. En este último supuesto, la segunda actividad deberá realizarse a tiempo parcial, contratarse en régimen laboral, y con duración determinada, en las condiciones establecidas por la legislación laboral.

En lo que se refiere a altos cargos de la Administración General del Estado no se permite ninguna segunda actividad pública, ni siquiera la docencia, aunque ésta fuera con carácter de profesor asociado, dada la dedicación plena que la ley exige a estos puestos. No obstante, en algunas Comunidades Autónomas, su legislación permite que sus altos cargos ejerzan la docencia universitaria, a tiempo parcial, pero sin cobrar retribución alguna.

En cuanto a las incompatibilidades de retribuciones, hay que abordar el tema de las “cesantías”, término coloquial con el que se denomina a las retribuciones al cese que determinados altos cargos (solamente los de mayor responsabilidad en la organización administrativa) pueden percibir, durante un tiempo máximo de dos años, porque así lo prevén diversas leyes de Presupuestos o constitutivas de los organismos específicos.

El problema no se centraba en la percepción de estas cantidades económicas, que cobraban como indemnización, sino en que estas retribuciones eran compatibles con toda retribución pública o privada, salvo que el puesto público para el que fueran a ser nombrados también llevara aparejada una cesantía de estas características.

Esta situación, aparte del coste económico, era considerada muy negativamente, cuando el ex alto cargo desempeñaba una actividad pública o privada remunerada, y seguía manteniendo el derecho a percibir esta compensación económica.

Por ello, el artículo 1 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, finalizó con esta compatibilidad, ya que su artículo 1 establece lo siguiente:

“1. Las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese en cualquier cargo, puesto o actividad en el sector público son incompatibles con cualquier retribución con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas, de los entes, organismos y empresas de ellos dependientes, o con cargo a los de los órganos constitucionales o que resulte de la aplicación de arancel, así como con cualquier retribución que provenga de una actividad privada, con excepción de las previstas en el artículo 10 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos

de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

A estos efectos se considera también actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las Cortes Generales, de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia.

2. Las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquiera otra percepción económica al cese serán, asimismo incompatibles con la percepción de la pensión de jubilación o retiro por Derechos pasivos, o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio.

3. Quienes cesen en los puestos que tengan prevista las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica a que se refieren los apartados 1 y 2 tendrán un plazo de quince días hábiles, a contar desde que concurra la incompatibilidad para comunicar ante la Oficina de Conflictos de Intereses del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en el caso del sector público estatal, o al órgano competente de la Administración autonómica o local, su opción entre la percepción de las mismas o la retribución de la actividad pública o privada que estén desempeñando o, en su caso, percepción de la pensión de jubilación o retiro. ...”

Este principio de incompatibilidad ha sido recogido en el artículo 7 de la LACC.

Compatibilidad con actividades privadas

Por lo que respecta a los altos cargos, éstos no pueden realizar ninguna actividad privada, salvo las previstas en el artículo 13 de la LACC y que son las siguientes:

- a) Las de mera administración del patrimonio personal o familiar con las limitaciones establecidas en el resto del articulado (que analizaremos en el tema correspondiente a los conflictos de intereses patrimoniales).
- b) Las de producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas, así como la colaboración y la asistencia ocasional y excepcional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional, siempre que

no sean consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios o supongan un menoscabo del estricto cumplimiento de sus deberes.

- c) La participación en entidades culturales o benéficas que no tengan ánimo de lucro o fundaciones siempre que no perciban ningún tipo de retribución.

En relación con los empleados públicos, el principio básico de la LI es que el personal al servicio de las Administraciones Públicas no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviere destinado.

Sin embargo, a esta prohibición general hay que añadir tres tipos de limitaciones:

En primer lugar, la relativa al **horario**, según la cual la actividad privada para la que se quiera obtener el reconocimiento de compatibilidad no puede suponer un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las Administraciones Públicas, salvo que el puesto público sea de dedicación parcial.

En segundo lugar, la limitación fundamental del artículo 16.4, según el cual no se podrá reconocer compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de **complementos específicos o concepto equiparable, cuya cuantía supere el 30% de su retribución básica**, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad. La cuestión del complemento específico como determinante de incompatibilidad es uno de los preceptos más cuestionados, ya que si, en su momento tenía razón de ser, ya que dicho complemento sólo se asignaba a los puestos superiores de cada subgrupo, sin embargo posteriormente quedó obsoleto, dado que impedía, también, el reconocimiento de compatibilidad a puestos que no tenían un alto nivel de responsabilidad y que además solicitaban el ejercicio de actividades que no planteaban riesgo de menoscabo de sus funciones públicas.

Por ello, se han acometido reformas que permiten solucionar este problema, a través de la reducción del complemento específico, tanto para los funcionarios de los subgrupos C1, C2 y E (Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011) como para el resto de los funcionarios de la Administración General del Estado de los subgrupos A1 y A2 (disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad), si bien en este caso se excluye de la reducción del importe del complemento específico a los funcionarios que ocupen puestos en Gabinetes de miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado y a los que desempeñen puestos que tengan asignado complemento de destino de nivel 30 y 29.

Finalmente, la Ley impone unas limitaciones materiales referidas a actividades privadas **que implica que, en ningún caso, pueden ser autorizadas** (aunque se tenga un complemento específico inferior a los límites del artículo 16.4), siendo éstas las siguientes:

- a. El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares, en los asuntos en que este interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público.
- b. Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.
- c. La pertenencia a Consejos de Administración u Órganos rectores de Empresas o Entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el Departamento, Organismo o Entidad en que preste sus servicios el personal afectado (hay que señalar que esta limitación ha sido modificada, por la disposición adicional vigésimo cuarta de la LO 4/2007, de 12 de abril, en relación con los profesores y profesoras funcionarios de los cuerpos docentes universitarios cuando participen en empresas de

base tecnológica promovidas por su universidad y en determinadas condiciones).

- d. El desempeño, por sí o persona interpuesta, de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas.
- e. La participación superior al 10 por 100 en el capital de las empresas o sociedades a que se refiere el párrafo anterior (con la misma modificación que se ha mencionado en el apartado c).

Por su parte, y en relación con el personal de la Administración General del Estado, el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, añade las siguientes **prohibiciones para el reconocimiento de compatibilidad con actividades privadas**:

1. El personal que realice cualquier clase de funciones en la Administración, con el desempeño de servicios de gestión administrativa, ya sea como titular, ya como empleado en tales oficinas.
2. El personal que realice cualquier clase de funciones en la Administración, con el ejercicio de la profesión de procurador o con cualquier actividad que pueda requerir presencia ante los tribunales durante el horario de trabajo.
3. El personal que realice funciones de informe, gestión o resolución con la realización de servicios profesionales, remunerados o no, a los que se pueda tener acceso como consecuencia de la existencia de una relación de empleo o servicio en cualquier departamento, organismo, entidad o empresa públicos, cualquiera que sea la persona que los retribuya y la naturaleza de la retribución.

4. Los Jefes de Unidades de Recursos y los funcionarios que ocupen puestos de trabajo reservados en exclusiva a Cuerpos de Letrados, con el ejercicio de la Abogacía en defensa de intereses privados o públicos frente a la Administración del Estado o de la Seguridad Social o en asuntos que se relacionen con las competencias del Departamento, Organismo, Ente o Empresa en que presten sus servicios.

Tendrán la misma incompatibilidad los Letrados de la Banca Oficial, Instituciones Financieras, Organismos, Entes y Empresas Públicas y Seguridad Social.

5. El personal destinado en unidades de contratación o adquisiciones, con el desempeño de actividades en empresas que realicen suministros de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras gestionados por dichas unidades.
6. Los arquitectos, ingenieros y otros titulados, respecto de las actividades que correspondan al título profesional que posean y cuya realización este sometida a autorización, licencia, permiso, ayuda financiera o control del departamento, organismo, ente o empresa en que estén destinados o al que estén adscritos.
7. Los arquitectos, ingenieros y otros titulados y demás personal incluido en el ámbito de aplicación de este Real Decreto, respecto de toda actividad, ya sea de dirección de obra. de explotación o cualquier otra que pueda suponer coincidencia de horario, aunque sea esporádica, con su actividad en el sector público.
8. El personal sanitario comprendido en el artículo segundo de la ley 53/1984, en el ejercicio de actividades de colaboración o concierto con la seguridad social en la prestación sanitaria que no tengan carácter de públicas.

Actividades exceptuadas

Finalmente, le legislación permite la realización de actividades que, por su propia naturaleza, o por su ocasionalidad, se considera que no perjudican el desarrollo de las funciones públicas y, por ello, se pueden realizar sin necesidad de autorización y con independencia del complemento específico que se perciba.

Concretamente, se trata de las siguientes actividades:

- a) Las derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar, sin perjuicio de que se mantengan las prohibiciones que se analizarán en el tema siguiente de este módulo.
- b) La dirección de seminarios o el dictado de cursos o conferencias en Centros oficiales destinados a la formación de funcionarios o profesorado, cuando no tengan carácter permanente o habitual ni supongan más de setenta y cinco horas al año, así como la preparación para el acceso a la función pública, cuando no suponga una dedicación superior a setenta y cinco horas anuales y no pueda implicar incumplimiento del horario de trabajo.
- c) La participación en Tribunales calificadoros de pruebas selectivas para ingreso en las Administraciones Públicas.
- d) La participación del personal docente en exámenes, pruebas o evaluaciones distintas de las que habitualmente les correspondan en la forma prevista reglamentariamente.
- e) El ejercicio del cargo de Presidente, Vocal o miembro de Juntas Rectoras de Mutualidades o Patronatos de Funcionarios, siempre que no sea retribuido.
- f) La producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de aquéllas, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios.
- g) La participación ocasional en coloquios y programas en

cualquier medio de comunicación social.

- h) La colaboración y la asistencia ocasional a congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional.