

## LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE SEGUNDA ACTIVIDAD APLICABLE A DETERMINADOS CUERPOS ESPECIALES DE FUNCIONARIOS

Joan Manuel Trayter Jiménez\*

### Resumen

Existen unos cuerpos de funcionarios (cuerpos de policía, cuerpos de bomberos, cuerpos de agentes penitenciarios o cuerpos de agentes rurales) que requieren, como condición de acceso a los mismos, superar determinadas pruebas físicas y psicotécnicas, motivadas por las especiales y particulares labores que se les encomiendan. Precisamente por ello, en las convocatorias de acceso a estos cuerpos especiales no se prevén reservas de plazas para personas con algún tipo de discapacidad, como ocurre con el resto de empleos públicos.

Para aquellos supuestos en que estos funcionarios, por circunstancias sobrevenidas (edad, incapacidad) no puedan prestar los servicios operativos propios del cuerpo o los puedan prestar solo sometidos a ciertas limitaciones, se ha regulado de forma dispersa y poco homogénea la situación administrativa especial de pase a segunda actividad, que habilita al funcionario a desempeñar un puesto de trabajo en su nueva condición.

Palabras clave: situación administrativa; cuerpos especiales; función pública; cuerpos policiales; retribuciones; bomberos; funcionarios de prisiones.

### THE ADMINISTRATIVE STATUS OF SECOND JOB APPLICABLE TO CERTAIN BODIES OF PUBLIC SERVANTS

#### Abstract

*There are certain bodies of public servants (police officers, firefighters, prison officers and park or forest wardens) that require entrants to pass particular physical and aptitude tests due to the special and specific nature of the work they called on to do. Precisely for that reason, recruitment to these special bodies does not envisage reserved places for people with any kind of disability, as happens with other types of public employment.*

*In those case where these public servants are unable to carry out the operational services of the force, or only subject to certain limitations, due to a change in their circumstances (age, disability), the special administrative status of transferring to another activity that enables a public servant to perform a job in their new condition has been regulated in a haphazard fashion with little uniformity.*

*Keywords: administrative status; special bodies; public service; police forces; remuneration; firefighters; prison officers.*

---

\* Joan Manuel Trayter Jiménez, catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Girona. Doctor en derecho por la Universidad de Barcelona, [joan.trayter@udg.edu](mailto:joan.trayter@udg.edu).

Artículo recibido el 15.06.2016. Evaluación ciega: 2.09.2016, 26.09.2016 y 3.10.2016. Fecha de aceptación de la versión final 31.10.2016.

**Citación recomendada:** TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel. «La situación administrativa de segunda actividad aplicable a determinados cuerpos especiales de funcionarios». *Revista catalana de dret públic*, núm. 53 (diciembre 2016), p. 182-197, DOI: [10.2436/rcdp.153.2016.2833](https://doi.org/10.2436/rcdp.153.2016.2833).

## Sumario

1 Objeto del estudio

2 Antecedentes y marco normativo

3 Derecho comparado: ¿existe una regulación específica de la segunda actividad en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno?

4 Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la segunda actividad

4.1 Ámbito de aplicación subjetivo

4.2 Ámbito de aplicación objetivo

5 El procedimiento para la declaración de pase a la segunda actividad

6 Consecuencias económicas. Las retribuciones

## 1 Objeto del estudio

Existen unos cuerpos de funcionarios que requieren, como condición de acceso a los mismos, superar determinadas pruebas físicas y psicotécnicas, motivadas por las especiales y particulares labores que se les encomiendan. Además, y precisamente por ello, en las convocatorias de acceso de estos cuerpos especiales no se prevén reservas de plazas para personas con algún tipo de discapacidad, como ocurre con el resto de los empleos públicos.

¿Qué ocurre entonces si por un accidente, por el transcurso del tiempo, por enfermedad u otras circunstancias sobrevenidas, el funcionario no puede prestar los servicios operativos propios del cuerpo o los puede prestar sometido a ciertas limitaciones?

Con el fin de paliar esta (injusta) situación en la que se podría encontrar un funcionario a quien, de forma sobrevenida, se le produjera una incapacidad, se reguló, de manera dispersa y poco homogénea, la situación administrativa especial de pase a segunda actividad.<sup>1</sup> El policía nacional que en acto de servicio recibe un disparo; el bombero que sufre una lesión al apagar un fuego; o el policía local que, con los años, pierde facultades para patrullar por las calles, son solo algunos supuestos que determinan que estos funcionarios no puedan realizar las labores para las que superaron, en su día, las pruebas de acceso al cuerpo, y a los que quiere dar solución el pase a la situación administrativa de segunda actividad, que conlleva, en última instancia, la reubicación del funcionario en un puesto de trabajo adaptado dentro del mismo cuerpo.

La situación administrativa de segunda actividad, por tanto, es aquella que habilita al funcionario a desempeñar un puesto de trabajo en su nueva condición; condición generada por una enfermedad, una incapacidad permanente (total o parcial) que le permita desempeñar ciertas funciones, pero no aquellas propias o habituales del cuerpo de funcionarios al que pertenece.

Se trata, pues, de una causa de incapacidad sobrevenida para el ejercicio de la profesión habitual con carácter total o parcial. Se excluye, sin embargo, del concepto de segunda actividad, aquella situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez, entendidas como aquellas que inhabilitan por completo al trabajador para cualquier profesión u oficio, o las que determinan que, por las pérdidas anatómicas o funcionales, necesite de la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse o desplazarse (así, art. 194.5 y 6 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social; en adelante TRLGSS); las situaciones de incapacidad temporal (art. 169 y ss. TRLGSS) y la jubilación, tanto en la modalidad contributiva como no contributiva (arts. 2014 y siguientes TRLGSS).

Perfilando un poco más ese concepto, podríamos señalar que la segunda actividad es una situación administrativa especial de determinados cuerpos de funcionarios que deben superar unas pruebas físicas y psicotécnicas para acceder a su cargo, y en cuyas convocatorias de acceso no se prevén reservas de plazas para personas con discapacidad.

Ello ha determinado que esta situación administrativa especial se regule en la normativa reguladora de esos cuerpos especiales, tanto en el ámbito estatal como autonómico. Históricamente, la primera regulación de la segunda actividad se produjo a través de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad;<sup>2</sup> y en la actualidad es la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de régimen de personal de la Policía Nacional la que se refiere a la segunda actividad como una de las situaciones administrativas en que se pueden encontrar los policías nacionales (art. 52). En el ámbito autonómico y, en concreto, en el caso de Cataluña, esta cuestión está regulada en los arts. 39 y 40 de la Ley 5/1994, de 4 de mayo, de regulación de los servicios de prevención y extinción de incendios y de salvamentos de Cataluña, desarrollados por el Decreto 241/2001, de 12 de septiembre, por el cual se regula la situación de segunda actividad del personal al servicio del cuerpo de Bomberos de la Generalitat; en los artículos del 31 al 34 de la Ley 10/1994, de 11 de julio, de la

<sup>1</sup> Es una situación injusta para el propio funcionario que, a veces, en acto de servicio sufre esa incapacidad sobrevenida y, además, para el interés público, pues el ciudadano necesita que el servicio se preste correctamente, con las debidas condiciones.

<sup>2</sup> El art. 16.4 de la LO 2/1986 (actualmente derogado) disponía que: «por Ley se determinarán las edades y las causas del pase de los funcionarios del Cuerpo Nacional de la Policía a la situación de segunda actividad, de acuerdo con las aptitudes físicas que requiera su función».

Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra, desarrollados por el Decreto 246/2008, de 16 de diciembre, de regulación de la situación administrativa especial de segunda actividad en el cuerpo de Mossos d'Esquadra; por los artículos 43 y 44 de la Ley 16/1991, de 10 de julio, de las policías locales; en el artículo 27 de la Ley 17/2003, de 4 de julio, del Cuerpo de Agentes Rurales; y en el Decreto 365/2001, de 24 de diciembre, por el cual se regula la segunda actividad en los cuerpos penitenciarios.

En este contexto, la segunda actividad, que se produce mientras perdura la relación de servicio con la Administración, puede darse en aquellos casos en los que, por el transcurso del tiempo, por enfermedad u otras cuestiones sobrevenidas, el funcionario no puede prestar los servicios operativos propios de ese cuerpo o lo puede hacer sometido a ciertas limitaciones.

Nos encontramos así ante una institución cuya regulación se caracteriza por una gran dispersión normativa, en la que un buen número de normas administrativas y de derecho laboral podrían resultar afectadas. Una compleja situación desde el punto de vista de la distribución de competencias Estado-comunidades autónomas y, para el ámbito local, las consecuencias que derivan del principio de autonomía local.

Por otro lado, tampoco queda claro si es necesaria una regulación unitaria para todos los cuerpos especiales de funcionarios que requieren unas determinadas aptitudes físicas y psíquicas para el desempeño de sus funciones o, como hasta ahora se había realizado, una regulación legal específica de cada cuerpo (policía, Mossos d'Esquadra, bomberos). El tema se ha planteado con fuerza desde la Resolución del Síndic de Greuges de Catalunya que proponía la promulgación de una regulación homogénea de la segunda actividad entre el cuerpo de Mossos d'Esquadra y el cuerpo de Bomberos de la Generalitat.<sup>3</sup> Esa resolución sirvió para que el Parlamento de Catalunya, en fecha 13 de julio de 2015, iniciara la tramitación de la Proposición de Ley de regulación de la segunda actividad, de aplicación a los cuerpos de bomberos de la Generalitat de Catalunya, de Mossos d'Esquadra y de las policías locales.<sup>4</sup>

Es importante señalar que, desde el punto de vista del interés público y de la organización de estos cuerpos, la regulación de la segunda actividad y el pase de efectivos a la misma tienen importantes repercusiones sociales y económico-presupuestarias que es necesario abordar para implantar correctamente la regulación legal del paso a la segunda actividad, integrando los principios con las hipotéticas consecuencias que pueda tener a través del modelo que se escoja (coste-beneficio, *check list*, evaluación de impacto, evaluación de repercusiones), que permita una prestación correcta de los servicios públicos en juego, sin perder de vista los derechos de los ciudadanos a una calidad en las prestaciones relativas a la seguridad pública.

## 2 Antecedentes y marco normativo

El Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 2 de abril, y su Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; en adelante EBEP), al regular las situaciones administrativas de los funcionarios públicos (art. 85) se refiere a las situaciones de servicio activo, servicios especiales, servicio en otras Administraciones Públicas y excedencias, sin referirse expresamente a la segunda actividad. ¿Significa esto que no puede regularse ni por la legislación estatal ni por los parlamentos autonómicos? ¿Existe una reserva legal para dicha regulación?

Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos son aquellos supuestos en que puede encontrarse un funcionario a lo largo de su vida, y que se caracterizan porque no se extingue la relación de servicios; sino tan solo la relación orgánica o, al menos, aquella relación orgánica que correspondía al funcionario de que se trate respecto de la Administración.<sup>5</sup> Como la función pública es una opción profesional de por vida, es lógico

<sup>3</sup> Resolución del Síndic de Greuges del expediente AO-00006/2015 que proponía esa regulación unitaria, pero no homogénea, en una misma ley que abordase la problemática de la segunda actividad.

<sup>4</sup> Esta proposición de ley fue presentada por todos los grupos parlamentarios, de acuerdo con el artículo 109.b del Reglamento del Parlamento. Por su parte, a propuesta del consejero de Interior, el Gobierno de la Generalitat solicitó un dictamen jurídico a la Comisión Jurídica Asesora, en fecha 17 de febrero de 2016, en relación con la adecuación de la Proposición de Ley de regulación de la segunda actividad de aplicación a los cuerpos de bomberos de la Generalitat, al de los Mossos d'Esquadra y al de las policías locales a la normativa reguladora vigente, a la organización y a la estructura de los cuerpos citados.

<sup>5</sup> ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Tecnos, 1993, pág. 26.

que se arbitren los medios oportunos para preservar la relación Administración-funcionario por encima de posibles avatares, sea por cuestiones atinentes a la Administración (reestructuraciones administrativas) o al funcionario (intereses particulares, familiares, cuestiones personales, etc.).<sup>6</sup>

La última reforma del EBEP, operada por el mencionado Real Decreto Legislativo 5/2015, ha dejado vigente la anterior regulación (arts. del 85 al 92), y sus preceptos son básicos, aplicables a todas las Administraciones Públicas, cuestión que no impide que la legislación de las comunidades autónomas, adapten sus leyes generales del empleo público a las particulares necesidades de su propia Administración.

Así, el Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de Función Pública, en su artículo 41 prevé la posibilidad de concretar y regular los mecanismos y los efectos de la segunda actividad, permitiendo así que los funcionarios que pertenecen a cuerpos o escalas de la Administración de la Generalitat y que ocupan puestos de trabajo cuyo desarrollo requiere unas condiciones físicas o psíquicas especiales, siempre que no les corresponda la jubilación o la incapacidad, puedan prestar otros servicios, preferentemente entre los propios de su cuerpo o escala, o en puestos de trabajo que pertenezcan a otros cuerpos o escalas.

No podemos olvidar tampoco que las situaciones administrativas forman parte del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 103 CE, art. 149.1-18 CE), con las consiguientes consecuencias, de rango normativo y de distribución de competencias que de ello deriva (así, SSTC 99/1987, de 11 de junio; 37/2002, de 14 de febrero; y STC 81/2013, de 11 de abril).<sup>7</sup>

De esa normativa, podemos deducir dos grandes cuestiones, a saber:

- a) En primer lugar, la denominada situación administrativa especial de segunda actividad se incardina en la situación administrativa de servicio activo de los cuerpos especiales de funcionarios (policías, bomberos, agentes rurales, penitenciarios, policiales locales) que dejan de hacer las funciones propias del cuerpo, pero pasan a realizar otras, también de servicio activo, con la finalidad de que el servicio público sea constantemente prestado y que el funcionario pueda realizar otras tareas para las que sí está capacitado, de acuerdo con sus aptitudes psicofísicas.

Por tanto, la normativa que desarrolla esta segunda actividad se incardina en la situación básica de servicio activo, aunque sea una modalidad específica de ese servicio activo, pues, en realidad, el funcionario no deja de trabajar en el mismo cuerpo que ingresó, pero por razones personales y de interés público presta otro tipo de tareas.<sup>8</sup>

Esta situación de servicio activo en segunda actividad obedece a razones de interés público (que el servicio se preste en determinadas condiciones) y también del funcionario, quien, de otra manera, debería dejar el cuerpo por circunstancias sobrevenidas, lo que generaría situaciones de injusticia material que el Estado social no puede admitir.

- b) En segundo lugar, esa situación de segunda actividad debe ser regulada por ley (estatal o autonómica), concretando los aspectos esenciales de la regulación. Esa reserva legal podría remitir al reglamento la concreción de los aspectos más puntuales o de detalle, pero será la ley la que regulará el contenido material más importante de la situación de segunda actividad, el núcleo de la situación administrativa.

6 MORILLÓ-VELARDE PÉREZ, José Ignacio. «Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos». En: CASTILLO-BLANCO, Federico (coord.). *Situación actual y tendencias de la función pública española*. Granada: Ed. Ciencia-Comares, 1998, págs. 430 y ss. Véase también SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la Función Pública*. 8.ª ed. Madrid: Tecnos, 2015; LORENZO DE MEMBIELA, Juan B. *Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos*. 3.ª ed. Navarra: Aranzadi, 2012; FÉREZ FERNÁNDEZ, M. «Las situaciones administrativas», en DEL REY GUANTER, Salvador. *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*; Madrid: La Ley, 2008, págs. 869-900; PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Derecho de la función pública, Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos*. Madrid: Dykinson, 2000, págs. 327 y ss.; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. «Las situaciones administrativas en el estatuto básico del empleado público: Claves para armar el nuevo modelo». *RAP*, núm. 176 (mayo-agosto 2008), págs. 161 y ss.

7 Véase TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel. *La conflictivitat competencial. Les bases del règim jurídic dels funcionaris públics*. Barcelona: IEA, 1998. Además, véase también la STC 1/2003, de 16 de enero, que establece la reserva de ley para esas materias, pero no impide la colaboración de normas reglamentarias.

8 Así, por ejemplo, art. 23.1 Ley 8/2002, de 23 de mayo, de la policía local de Castilla-La Mancha.

Esta ley puede ser estatal, para el cuerpo concreto de funcionarios al que se refiera, o autonómica, pudiendo regular la misma en la ley general de la función pública, en la ley de los distintos cuerpos de funcionarios, o de manera unitaria (que no homogénea) en una ley de segunda actividad. La realidad es que, hasta la fecha, la regulación ha sido dispersa y variopinta; pero el legislador autonómico ha optado por regular la segunda actividad con carácter específico para los diferentes cuerpos en los que se puede reconocer esta situación administrativa especial.<sup>9</sup>

Además, cualquier regulación que se pretenda realizar habrá de tener en cuenta la legislación de la Seguridad Social, la legislación reguladora de la función pública, las normas aplicables a las personas con discapacidad y otras leyes de tipo procedimental (así, por ejemplo, el TRLGSS; el EBEP, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales; la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa a la igualdad de trato en materia de trabajo y ocupación; o el Real decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley general de los derechos de las personas con discapacidad, entre otras).<sup>10</sup>

El núcleo de la materia, que deberá estar en la ley, habría de referirse al ámbito subjetivo (cuerpo de funcionarios afectados), objetivo (razones del pase a segunda actividad), procedimiento y requisitos para el pase a la segunda actividad, funciones que pueden desarrollarse en la situación de segunda actividad, y otras cuestiones como la remuneración o los concursos selectivos.

### **3 Derecho comparado: ¿existe una regulación específica de la segunda actividad en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno?**

La situación administrativa especial de segunda actividad es aquella prevista en relación con determinados cuerpos especiales de funcionarios, cuyo acceso requiere la superación de determinadas pruebas físicas y psicotécnicas y en cuyas convocatorias de acceso no se prevé reserva de plazas para personas con discapacidad. En este sentido, como hemos ya dicho, el pase a la segunda actividad, que tiene lugar mientras perdura la relación de servicios con la Administración, se producirá en aquellos casos en que, por el transcurso del

<sup>9</sup> En Cataluña, como ya hemos visto, existe una regulación diferenciada para Mossos d'Esquadra, bomberos, Cuerpo de Agentes Rurales, cuerpos penitenciarios y policías locales, esquema que se reproduce en todas las comunidades autónomas.

Así, la regulación de la segunda actividad en relación con los cuerpos de bomberos la hallamos en la Ley 7/2011, de 1 de abril de la Generalitat, de los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de la Comunitat Valenciana (arts. del 40 al 45); Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias en Andalucía (arts. del 42 al 44); Ley Foral 8/2005, de 1 de julio, de protección civil y atención de emergencias de Navarra (art. 55); Decreto Legislativo 1/2006, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley por la que se regulan los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos de la Comunidad de Madrid (art. 18, apart. 2-7).

Por su parte, la regulación de la segunda actividad de los cuerpos de policía autonómicos y locales se encuentra contenida en las siguientes normas: Ley 6/1999, de 19 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Policías Locales y de Coordinación de las Policías Locales de la Comunitat Valenciana (arts. del 40 al 44); Decreto 135/2003, de 20 de mayo, por el que se desarrolla la situación administrativa de segunda actividad de los funcionarios de los cuerpos de la Policía Local de Andalucía; Ley 8/2013, de 12 de septiembre, de Coordinación de Policías Locales de Aragón (art. 34); Ley 2/2008, de 28 de mayo, del Cuerpo General de la Policía Canaria (arts. del 53 al 58); Ley 9/2003, de 8 de abril, de coordinación de Policías Locales de Castilla y León (arts. 35, 35 bis y 35 ter); Ley 8/2002, de 23 de mayo de 2002, de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha (arts. del 23 al 26); Ley 1/1990, de 26 de abril, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura (arts. del 21 al 26); Ley 8/2007, de 13 de junio, de Policía de Galicia (arts. del 66 al 77); Ley 5/2010, de 14 de mayo, de Coordinación de Policías Locales de La Rioja (arts. del 42 al 48); Ley 4/2013, de 17 de julio, de coordinación de las policías locales de las Illes Balears (arts. del 55 al 61); Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de las Policías de Navarra (arts. 47 y 48); Ley 4/1992, de 8 de julio, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad Autónoma de Madrid (art. 39); Ley 4/1998, de 22 de julio, de coordinación de Policías Locales de la Región de Murcia (art. 34); Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco (arts. del 85 al 89), desarrollada en este punto por el Decreto 7/1998, de 27 de enero, por el que se desarrollan determinados aspectos relativos al pase a la situación administrativa de segunda actividad de los funcionarios de los cuerpos de la policía del País Vasco

<sup>10</sup> Asimismo, la regulación de la segunda actividad deberá también tener en cuenta la legislación existente en el ámbito autonómico. Así, en Cataluña, podemos referirnos al Decreto legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública: el Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el cual se desarrolla en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; la Ley 4/2003, de 7 de abril, de ordenación del sistema de seguridad pública de Cataluña; o la Ley 8/2006, de 25 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral al servicio de las Administraciones Públicas de Cataluña.



tiempo, por enfermedad o por otras cuestiones sobrevenidas, el funcionario no pueda prestar los servicios operativos propios de su cuerpo o lo pueda hacer sometido a ciertas limitaciones.

En este contexto, resulta interesante averiguar cómo abordan esta situación en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Así, en Francia, a los cuerpos de policías y bomberos les resulta de aplicación el régimen general de los funcionarios públicos (Ley 84-16, de 11 de enero de 1984, para los funcionarios del Estado y Ley 84-53, de 26 de enero de 1984, para los funcionarios territoriales). En el seno de estas normas se establece que, en caso de enfermedad o discapacidad temporal, se puede recibir un subsidio (*allocations pour invalidité temporaire*), o bien se puede llevar a cabo una «reclasificación profesional» por ineptitud física (*reclassement professionnel d'un fonctionnaire pour inaptitude physique*), lo que conlleva una adaptación del puesto de trabajo a la nueva condición del funcionario o, si ello no es posible, un cambio del puesto de trabajo. Si la incapacidad es permanente, se prevén dos opciones: la jubilación anticipada o la reclasificación profesional. Asimismo, la jubilación anticipada también está prevista por discapacidad de un hijo o por problemas de salud del cónyuge o pareja de hecho del funcionario.<sup>11</sup>

En Reino Unido, los cuerpos de bomberos y de policías, tal como sucede en Francia, se rigen también por la normativa general sobre función pública (*Constitutional Reform and Governance Act 2010*) y, además, les resulta de aplicación el mismo régimen jurídico que el resto de los trabajadores de Reino Unido. En estas normas se prevé que, en el supuesto de enfermedad o discapacidad, se puede compatibilizar esta situación con la actividad laboral, debiendo realizar el empleador aquellos ajustes (horarios reducidos, horas libres para recibir tratamientos o facilitar asistencia) que permitan que el trabajador no tenga una situación desventajosa respecto a aquellos trabajadores no enfermos o discapacitados.<sup>12</sup>

Finalmente, en Bélgica, las normas propias de los cuerpos de policía (*Arrêté Royal du 30 mars 2001*) y de los cuerpos de bomberos (*Arrêté Royal du 19 avril 2014*) regulan la «réaffectation», que conlleva una reasignación del puesto de trabajo que, entre otros requisitos, requiere superar las pruebas de selección oportunas o los cursos de competencia o de perfeccionamiento necesarios para ocupar el nuevo puesto de trabajo, siendo una reasignación que, como regla, se efectúa, además, en relación con puestos de trabajo vacantes.<sup>13</sup>

---

11 Por tanto, en el sistema de función pública francesa no existe un concepto análogo al de segunda actividad en los términos de nuestro ordenamiento; no existe una ley o un reglamento que regule esa circunstancia y, a priori, a los cuerpos de policía y bomberos les resulta de aplicación el régimen jurídico general de los funcionarios públicos (Ley 84-16, de 15 de enero de 1984, para los funcionarios del Estado y Ley 83-53, de 26 de enero de 1984, para los funcionarios territoriales). Respecto a la edad mínima de jubilación, se determina según la categoría funcional del trabajador (art. L 24 del Código de las pensiones civiles y militares de retiro) previéndose dos categorías: a) la sedentaria (*fonctionnaire de catégorie sédentaire*), que pueden jubilarse a partir de los 60 años; y b) la categoría activa (*fonctionnaire de catégorie active*), que pueden jubilarse a partir de los 55 años. Forman parte de la última categoría, el cuerpo de policía nacional, los bomberos profesionales o los policías municipales.

La regulación del embarazo es la genuina del régimen de los funcionarios (arts. 34 de la Ley 84-16 y 57.2 de la Ley 84-53).

12 Por tanto, no existe un concepto análogo al que estudiamos. Respecto a las enfermedades o discapacidades que sufre el trabajador, existen dos opciones: cuando, por motivos médicos, se puede compatibilizar la enfermedad o discapacidad con la actividad laboral: el empleador ha de hacer «reasonable adjustments» (*Section 20 Equality Act 2010* en consonancia con la *Disability Act 1995*) con la finalidad de que no se encuentre en una situación de desventaja con un trabajador no discapacitado o no enfermo. Los ajustes razonables pueden ser, entre otros, un horario reducido de jornada, horas libres para recibir tratamientos médicos, entre otros. En cambio, si por motivos médicos no existe la posibilidad de compatibilizar la situación de enfermedad, o discapacidad con la actividad laboral, si es inferior a 28 semanas, el trabajador puede recibir la «Statutory sick pay»; mientras que, si es superior a 28 semanas, el trabajador puede recibir el «Employment and support allowance».

Por su parte, si es un familiar de un trabajador el que padece la enfermedad o discapacidad, puede recibir también ayudas sociales (*Children Act 1989, Part 3*) y está prohibida la discriminación por razón de edad, discapacidad o sexo (*Section 13 Equality Act 2010*). Esta prohibición se extiende a aquellos casos «when de less favorable treatment is because of the victim's association with someone who has that characteristic (for example is disabled)». Esto último se introdujo con motivo de la STJUE de 17 de julio de 2008 (*Case C-303/06, Coleman v. Altridge Law*).

13 En Bélgica la *réaffectation* o reasignación de puestos de trabajo se produce para los policías cuando se dejan de tener las aptitudes físicas necesarias, se es víctima de un acto de violencia grave, cuando se le asignan funciones de dirección de servicios especiales u otros.

Además, a partir de los 50 a 55 años se puede disfrutar de los beneficios consistentes en la semana de cuatro días y trabajo de media

En consecuencia, no existe, en general, una regulación específica del problema, sino que se soluciona por las reglas que rigen la función pública o, en el caso de Reino Unido, el resto de trabajadores de las Administraciones Públicas.

#### 4 Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la segunda actividad

Vamos a ver a continuación a qué sujetos se aplica la regulación de la situación administrativa especial de segunda actividad (ámbito subjetivo) y qué situaciones o circunstancias pueden dar lugar al pase a esta situación (ámbito objetivo).

##### 4.1 Ámbito de aplicación subjetivo

La situación administrativa de segunda actividad es susceptible de aplicarse a los denominados cuerpos de funcionarios especiales, en los que, para acceder al cargo, deben superarse unas determinadas pruebas físicas y psicotécnicas en razón a las tareas principales que deberán desarrollar. Ahí incluimos bomberos, policías de cualquier cuerpo (incluida la policía local), cuerpos de agentes rurales, así como los cuerpos de funcionarios penitenciarios.

Teniendo en cuenta este ámbito de aplicación subjetivo, en la actualidad, es la normativa específica de cada cuerpo la que contiene la regulación de la segunda actividad.

En Cataluña, no obstante, la Resolución del Síndic de Greuges de Catalunya (Exp. AO-0006/2015), proponía que se debería promover una regulación homogénea (que no unitaria) de la segunda actividad en los cuerpos de Mossos d'Esquadra (policía autonómica) y en el cuerpo de Bomberos de la Generalitat, poniendo sobre la mesa el debate acerca de la conveniencia, o no, de una regulación conjunta de esta situación administrativa especial.

Una primera solución consistiría en mantener el sistema actual que prevé regulaciones específicas para cada cuerpo funcional; y una segunda conllevaría optar por una regulación unitaria de las situaciones administrativas de segunda actividad para los distintos cuerpos de funcionarios implicados.

La justificación al pase a la situación administrativa de segunda actividad vendría dada por la imposibilidad de desempeñar las labores propias del cuerpo al que pertenece el funcionario, sin que quede impedido para el desarrollo de otras funciones.

La primera de las opciones respetaría los rasgos propios y diferenciadores que afectan a los distintos cuerpos de funcionarios para los que está prevista la situación de segunda actividad, y tendría presente, también, el diferente procedimiento administrativo a seguir, en cada uno de ellos, para obtener el reconocimiento de esta situación administrativa. La segunda de las opciones lograría una mayor uniformidad y simplificación normativa, en perjuicio, no obstante, del respeto a los rasgos diferenciadores de cada cuerpo. En este sentido, cualquiera de los dos sistemas, a nuestro juicio, sería técnicamente correcto, aunque respecto a los policías locales, en caso de regulación unitaria de la segunda actividad, deberían tenerse en cuenta los límites que, para el legislador, derivan de los artículos 137 y 140 de la Constitución, referidos a la autonomía local, no pudiendo invadir competencias de los entes locales, cuestión que dificulta, en buena medida, la posible regulación unitaria. Lo que no sería de recibo, por fin, sería regular conjuntamente unos cuerpos y dejar al margen otros, y más sin justificar esa opción.<sup>14</sup>

---

jornada, compatibles con las prestaciones por enfermedad. También se regula la contingencia por embargo.

Respecto a los bomberos, son supuestos básicos en los que se puede ser «*reafecté*»: a) cuando se declara médicamente no apto para ejercer su trabajo principal, pero apto para llevar a cabo otros trabajos compatibles con su estado; b) cuando lo solicita siempre y cuando tenga 56 años, 15 años de antigüedad y haya formado parte de alguna dirección con labores operacionales, entre otras. También se regula el procedimiento de reasignación. Es el régimen más parecido a la segunda actividad.

14 No se puede olvidar, en este ámbito, que la igualdad jurídica consagrada en el artículo 14 de la CE vincula no solo a la Administración y al poder judicial, sino también al Legislativo, tal como se desprende de los artículos 9 y 53 de la CE. Este principio de igualdad no implica que en todos los casos se tenga que llevar a cabo un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica; pero sí que actúa, tal como ha indicado el Tribunal Constitucional, como una cláusula general de razonabilidad, que exige que el establecimiento, a través de una norma legal, de un tratamiento jurídico diferenciado, no solo no esté prohibido por la Constitución sino que se justifique de forma razonable (STC 22/1981, de 2 de julio).



## 4.2 Ámbito de aplicación objetivo

¿Qué circunstancias sobrevenidas pueden dar lugar a que el funcionario pase a una situación de segunda actividad?

Razones de interés público, de una correcta prestación del servicio al ciudadano y también, por qué no, particulares del funcionario, exigen que la norma concrete y delimite claramente las causas del pase a la situación administrativa de segunda actividad.

Entre ellas, de manera desordenada y poco homogénea, la normativa que, hasta la fecha, ha regulado el tema, incluye:

- a) Por razón de la edad. Se entiende que los funcionarios que integran los cuerpos especiales para los que se regula la segunda actividad, al cumplir una cierta edad, pueden ver disminuida su capacidad para llevar a cabo las labores propias del cuerpo.

La edad fijada para el pase a segunda actividad varía según el cuerpo e, incluso en algunos casos,<sup>15</sup> se establecen dentro de un mismo cuerpo distintas franjas de edad según la escala. Así, el artículo 69 de la Ley Orgánica 9/2015 prevé que los funcionarios del Cuerpo de Policía Nacional pueden solicitar el pase a segunda actividad a los 64 años para la escala superior, a los 62 para la escala ejecutiva, a los 60 para la escala de subinspección y a los 58 para la escala básica. Además, esta Ley añade una cláusula importante, al establecer que, antes del 31 de diciembre de cada año, se ha de fijar por categorías el número máximo de funcionarios respecto de los que se otorgará el pase a la segunda actividad, teniendo en cuenta la edad de los peticionarios, pero también la disponibilidad del personal y las necesidades orgánicas y funcionales de la organización policial y la prioridad en la solicitud.

Y es que, a nuestro juicio, el requisito de la edad no debería ser automático; sino que, a nuestro modo de ver, habría de demostrarse, además, que se ha disminuido la capacidad del funcionario para desempeñar las tareas propias para las que ingresó en el cuerpo correspondiente<sup>16</sup> o, cuanto menos, que el pase a la segunda actividad es posible desde el punto de vista de las necesidades del servicio. En este último caso se deberían prever unos criterios para que, en caso de que el número de plazas en situación de segunda actividad fuera limitado, se pudiera establecer un orden de prelación entre las solicitudes recibidas. En este aspecto hay razones de interés público que podrían ser causa de denegación del pase a la segunda actividad.<sup>17</sup>

- b) La situación de discapacidad. La regulación legal de la segunda actividad tiene su razón de ser en garantizar, desde el punto de vista del interés general de todos los ciudadanos, que el servicio se

15 Así, la edad como requisito para el pase a la situación de segunda actividad es diferente según la normativa de cada cuerpo. En la proposición de ley del Parlamento de Cataluña se fijaba en 57 años. En la ley que regula el cuerpo de bomberos de la Generalitat de Cataluña (Ley 5/1994, de 4 de mayo, y Decreto 241/2001, de 12 de setiembre) no se establece edad alguna, teniendo en cuenta la disminución de la capacidad para cumplir el servicio ordinario acreditado con el dictamen médico correspondiente. Para el ámbito de la policía local se prevé la edad de 57 años, exigiendo, además, que se haya disminuido la capacidad del funcionario que se trate para cumplir el servicio ordinario (art. 43.1 Ley 16/1991).

16 La polémica respecto a este requisito adicional al de la edad se planteó con la Ley 6/1999, de 9 de abril, de Policías Locales de la Comunidad Valenciana (art. 41) y en el Decreto 19/2003, de 4 de marzo, de desarrollo de la anterior (art. 25). Las Sentencias TSJ Valencia de 6 de junio de 2001 y de 11 de abril de 2003 resolvieron de manera contraria a la sostenida en el texto, entendiendo que, cumplida la edad, el pase es automático.

*A sensu contrario*, la Sentencia del TSJ de Aragón núm. 805/2006, de 20 de noviembre (Ar. 223753, ponente: Luís Ignacio Pastor Eixarch) consideró ajustada a derecho la denegación del pase a segunda actividad a un funcionario perteneciente al Cuerpo de Policía Nacional, pues, aun habiendo cumplido la edad prevista legalmente, se agotaron las plazas que podían ser ocupadas por funcionarios en situación de segunda actividad.

17 Por ejemplo, en Cataluña, a fecha 31 de diciembre de 2015 hay 263 bomberos y 171 Mossos d'Esquadra que podrían solicitar el pase a segunda actividad por tener 57 años; pero la proyección es que, transcurridos diez años, se encontrarán en estas circunstancias 1.073 bomberos y 2.459 Mossos d'Esquadra. Estos datos se deben poner en relación con el número de funcionarios que, en la actualidad, compone estos cuerpos, ya que los datos publicados por el Instituto de Estadística de Cataluña (IDESCAT), a partir de la información suministrada por el Departamento de Interior, cifran en 16.869 los efectivos de los Mossos d'Esquadra y en 2.478 los efectivos de bomberos de la Generalitat de Catalunya.

preste en las mejores condiciones y, desde el punto de vista de los derechos de los funcionarios afectados, que se puedan realizar las funciones profesionales habituales de manera normal.<sup>18</sup> Por tanto, la discapacidad y el pase a la segunda actividad siempre vendrán relacionadas con la posibilidad de prestar las tareas o funciones inherentes y fundamentales de aquella profesión con carácter general, sin tener en cuenta las funciones ejercidas en cada puesto de trabajo concreto ni tampoco las delimitaciones formales respecto a determinados grupos profesionales.<sup>19</sup>

También, y por el otro extremo, no tendría sentido el reconocimiento de esa situación administrativa especial a personas declaradas incapaces en los grados de discapacidad permanente absoluta o gran invalidez, que son aquellas que impiden cualquier tipo de trabajo, profesión u oficio o que, a consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesitan la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, como vestirse, deslazarse, comer o análogos (así, art. 149.5 y 6 TRLGSS).<sup>20</sup>

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido que existe una incompatibilidad entre la segunda actividad y la incapacidad permanente total para la profesión habitual (es decir, aquella que inhabilita al trabajador para realizar todas las actuaciones propias de la profesión, pero no para realizar otras).<sup>21</sup> En cambio, parecería incorrecto, desde el punto de vista de la técnica jurídica, que las personas a las que se ha reconocido una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez pudieran obtener el pase a la segunda actividad, pues ello entraría en contradicción con las previsiones del artículo 194 del TRLGSS.

18 Así, véase el Real Decreto Legislativo 1/2003, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad.

19 En este sentido se manifiestan nuestros tribunales de justicia. Así, la STS de 3 de mayo de 2002, en relación a una resolución del INSS que modificó el grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual a una incapacidad permanente parcial por el hecho de haber pasado a una situación de segunda actividad dentro del mismo cuerpo, al entender que las lesiones eran compatibles con las funciones a desarrollar en el puesto de segunda actividad, puso de manifiesto que las funciones a tener en cuenta son las fundamentales de la profesión habitual (en el caso de autos, la de bombero), esto es, funciones operativas que constituyen el núcleo esencial de la profesión.

20 El art. 194 del citado Decreto legislativo dice:

«Artículo 194. Grados de incapacidad permanente.

1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados:

- a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.
- b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual.
- c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.
- d) Gran invalidez.

2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.

3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

5. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

6. Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos».

21 Así, SSTS de 3 de mayo de 2012 (Ar. 8955, ponente: Manuel Ramón Alarcón Caracuel), 4 de julio de 2012 (Ar. 9586, ponente: Antonio Martín Valverde) y 24 de julio de 2012 (Ar. 10272, ponente: M.<sup>a</sup> Lourdes Arastey Sahún), entre otras.

c) ¿Es el embarazo una situación de discapacidad que permita el pase a la segunda actividad?

Algunas normas, en particular, autonómicas, han previsto el embarazo como una circunstancia que da lugar al pase a la situación administrativa de segunda actividad (así, por ejemplo, la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de coordinación de las policías locales de Andalucía (arts. 29.c y 33), desarrollada por el Decreto 135/2003, de 20 de mayo, por el que se desarrolla la situación administrativa de segunda actividad de los funcionarios de la Policía Local de Andalucía (arts. del 22 al 25); o la Ley 8/2007, de 13 de junio, de Policía de Galicia (art. 71), que no solo se refiere al embarazo, sino también a la lactancia.<sup>22</sup> Por el contrario, en Cataluña, las normas que regulan, para los distintos cuerpos especiales, la situación de segunda actividad, no incluyen el embarazo como causa objetiva del pase a la situación especial.<sup>23</sup>

Ante esta disparidad de criterios, es necesario tener presente que el embarazo (y también la lactancia) es una situación que ya está protegida por la normativa de la Seguridad Social para todas las Administraciones Públicas (art. 186 del Real Decreto Legislativo 8/2015) y que dispone de una regulación expresa, aplicable a los funcionarios, en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de riesgos laborales. En especial, el artículo 26 de esta Ley prevé la adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora en una situación de embarazo sujeta a riesgos y el desarrollo de un puesto de trabajo diferente y compatible con su estado en caso de que no sea posible su adaptación. Esta regulación se aplica, además, sin perjuicio de los permisos para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que tienen reconocidos las funcionarias embarazadas, de conformidad con el artículo 48 del EBEP; y de las reducciones de jornada y permisos contemplados en la normativa propia de determinados cuerpos especiales.

En estas circunstancias y con esta regulación legal, aunque desde el punto de vista conceptual es posible encajar el embarazo como una causa objetiva de pase a la situación de segunda actividad, entendemos que la adaptación del puesto de trabajo que deriva del pase a la situación de segunda actividad está pensada para situaciones que, en principio, no tienen carácter transitorio. Adicionalmente, no está claro que dicha cuestión aporte algún elemento de protección adicional para las funcionarias embarazadas que no venga dado por la legislación citada, debiendo analizar bien el contenido concreto que se le quiere dar, pues, posiblemente, se podría establecer el efecto contrario al deseado, es decir, el establecimiento de un sistema regresivo de protección.

d) ¿La regulación de la segunda actividad alcanza no solo a las personas que padezcan alguna discapacidad, sino que también puede estar motivada por la discapacidad que sufre un familiar a su cargo?

La pregunta surge porque la proposición de ley de segunda actividad que se tramitó ante el Parlamento de Catalunya incluía esa circunstancia como causa del pase a la segunda actividad cuando el funcionario tiene un familiar, hasta el segundo grado, discapacitado, y se encarga él de la mayor parte de las curas que su estado requiere.<sup>24</sup>

La inclusión de esta causa de pase a la segunda actividad viene motivada, para quienes la defienden, en una incorrecta interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 17 de julio de 2008 (C-303-2006) y tendría como objetivo «no dar un trato menos favorable

22 La Proposición de Ley del Parlamento de Catalunya de 13 de julio de 2015, en su artículo 2.1.b incluye en las situaciones para el pase a la segunda actividad «las situaciones de embarazo con el fin de preservar la integridad de su estado». El artículo 6 (otras cuestiones sobre la disminución de la capacidad), en su apartado 2, concreta el procedimiento para el pase a la segunda actividad por motivo de embarazo y, en particular, señala que, una vez recuperadas sus capacidades y si nada impide la realización de sus funciones principales, operativas, se solicitará volver al servicio.

23 Así, no se prevé el pase a segunda actividad por motivos de embarazo en ninguna de las distintas normas catalanas que regulan la segunda actividad para bomberos (Ley 5/1994 y Decreto 241/2001), Mossos d'Esquadra (Ley 10/1994 y Decreto 246/2008), policías locales (Ley 16/1991), el Cuerpo de Agentes Rurales (Ley 17/2003) o los cuerpos penitenciarios (Decreto 365/2001).

24 Así, el art. 21.b *in fine* de esta proposición de ley, después de definir qué se entiende por discapacidad, señala que: «Esta situación no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas, sino que además podrá estar motivada por la discapacidad que sufra un familiar a cargo hasta el segundo grado, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de las curas que su estado requiere».

a las personas con un hijo discapacitado, respecto de aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas».<sup>25</sup>

La realidad es que de la lectura de la sentencia citada no se deducen tales afirmaciones. En esa resolución, al Tribunal de Justicia se le planteaba la interpretación de la Directiva 2008/78, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.<sup>26</sup> En ella, y ante la solicitud de una cuestión prejudicial planteada por el *Employment Tribunal, London South* (Reino Unido), se examina el supuesto de una señora, secretaria jurídica, que tiene un hijo con crisis de apnea, laringomalacia y broncomalacia congénitas que requieren cuidados especializados. Al incorporarse a su puesto de trabajo tras el permiso de maternidad, su antiguo empresario se opuso a que se reintegrara en su puesto de trabajo en circunstancias que sí se habían permitido cuando padres de hijos no discapacitados recuperaban sus puestos. El empresario se opuso así a conceder la misma flexibilidad horaria y las mismas condiciones de trabajo que se habían aplicado a aquellos compañeros de trabajo que eran padres de hijos no discapacitados. En esas cuestiones, el TRJU declara: a) «Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la primera parte de la primera cuestión prejudicial y a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que la Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a)»; y b) «Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la segunda parte de la primera cuestión prejudicial y a la cuarta cuestión prejudicial que la Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 3, deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de acoso que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso establecida en el citado artículo 2, apartado 3».

En consecuencia, el Tribunal no se refiere a la discriminación entre personas con un hijo discapacitado respecto de otras que sean ellas mismas discapacitadas; sino a la discriminación entre un trabajador que tenga un hijo discapacitado y otro «en una situación análoga» (es decir, un trabajador que tenga un hijo no discapacitado).

La realidad es que el Estado social exige la máxima protección de las personas discapacitadas, y son ellas las titulares de los derechos que nuestro ordenamiento regula (así, art. 4 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley General de derechos de las personas con discapacidad).

La inclusión como causa de pase a la segunda actividad de los funcionarios que tienen a su cargo una persona discapacitada, podría desnaturalizar la situación especial a regular, además de producir efectos contraproducentes sobre el derecho vigente, que nos llevaría a la paradójica situación de resultar a la postre una regulación legal menos protectora de los intereses de los funcionarios con un familiar discapacitado.

En efecto, aunque hasta la fecha, la regulación legal del pase a la situación especial de segunda actividad no ha incluido, en la situación de segunda actividad, aquellos funcionarios de cuerpos

25 Preámbulo de la Proposición de ley de la segunda actividad citada.

26 DOL 303, pág. 16.

especiales que tengan una persona discapacitada a su cargo, ello no quiere decir que el marco jurídico existente no proteja esas situaciones.

En este sentido, el art. 48.h del EBEP regula, como bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1-18 CE), de acuerdo con su disposición final primera, el permiso por razón de guarda legal cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, reconociéndose en este precepto el derecho a una reducción de su jornada de trabajo. De la misma manera, el art. 89 del EBEP también atribuye, al trabajador con un familiar a cargo, el derecho a solicitar una excedencia por un período no superior a tres años.

Por su parte, y en el ámbito autonómico, la Ley 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Cataluña y también al servicio de sus entes locales (art. 2) prevé la excedencia voluntaria para cuidar a familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad incluido (art. 5); permisos para atender a hijos discapacitados (art. 17); permisos sin retribución para atender a un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (art. 20); y la reducción de jornada de un tercio o de la mitad con derecho al 80 % o al 60 % de las retribuciones para cuidar a una persona con discapacidad psíquica, física o sensorial que no realiza ninguna actividad retribuida, siempre que se tenga la guarda legal, o por tener a su cargo a un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, con una incapacidad o disminución reconocida igual o superior al 65 %, o con un grado de discapacidad que le impida ser autónomo o que requiera una dedicación o atención especial.

## 5 El procedimiento para la declaración de pase a la segunda actividad

El conjunto de trámites y actuaciones a seguir para declarar a un funcionario en la situación de pase a la segunda actividad varía según las causas objetivas que concurran; pero, en cualquier caso, debe garantizar que la resolución definitiva adoptada sea correcta desde el punto de vista del interés público y de las circunstancias concretas del caso. Se trata de proteger los derechos de los ciudadanos a recibir unos servicios públicos de calidad y también los derechos de los funcionarios que ampara la norma. En definitiva, que la resolución que ponga fin al procedimiento, respetando el principio de legalidad, deje claro si existe (o no) disminución de las condiciones psíquicas o físicas que puedan ser motivo de una adaptación del puesto de trabajo ocupado en el servicio activo.

Para ello, las distintas normas reguladoras del procedimiento para el pase a la segunda actividad desarrollan, con matices, una serie de trámites que se pueden sintetizar en: a) un primer trámite es el reconocimiento médico que, de oficio o a instancia del interesado, han de pasar estos cuerpos de funcionarios de manera periódica;<sup>27</sup> con motivo del mismo, se emitirá un informe sobre la conveniencia (o no) de iniciar un expediente de pase a la situación administrativa de segunda actividad; b) el expediente se iniciará por el órgano competente y puede incorporar las medidas cautelares que se estimen convenientes, teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad y debida motivación de las medidas, que deben estar recogidas expresamente en la normativa reguladora del cuerpo, con la finalidad de preservar la salud y la integridad física del funcionario o de terceras personas;<sup>28</sup> c) se debe nombrar un tribunal médico que dictaminará sobre la disminución de las condiciones físicas o psíquicas del funcionario, su composición ha de garantizar la objetividad de la decisión y su competencia técnica; tras las pruebas y exploraciones médicas que técnicamente se consideren pertinentes para evaluar el estado físico y psíquico de la persona,<sup>29</sup> este tribunal emitirá un informe en el que

27 Dicho reconocimiento puede ser ante los órganos administrativos competentes en la materia (así, por ejemplo, para los Mossos d'Esquadra, la Unidad de Vigilancia de la Salud de la Subdirección General de Salud Laboral), sin perjuicio de las competencias del INSS (art. 22 de la Ley 31/995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales y arts. 10 y siguientes del Decreto 246/2008, de 26 de diciembre, de regulación de la situación administrativa especial de segunda actividad en el cuerpo de Mossos d'Esquadra).

28 Puede consistir en la retirada del arma, el cambio provisional de puesto de trabajo, u otras.

29 Véase al respecto el artículo 14 del Decreto 246/2008. Para una mayor objetividad y capacitación técnica, en la actuación del tribunal se considera correcto que su composición sea de tres miembros: uno médico designado por la Administración; otro por sorteo entre los facultativos del Ministerio o Consejería correspondiente que tengan conocimientos idóneos en relación con la afección o enfermedad que puede parecer el funcionario, y, por último, un médico designado por el interesado. Así, por ejemplo, se



se valorarán todos los aspectos enumerados; y d) la finalización del procedimiento incluye dicho informe, al que seguirá un trámite de audiencia al interesado (que se regirá por las reglas generales del procedimiento administrativo) y, tras las alegaciones presentadas, se dictará resolución por el órgano competente de la Administración activa (director general, secretario), y contra la misma cabrá el recurso correspondiente. En la resolución se tendrá en cuenta para la calificación todas las funciones que integran objetivamente la profesión con independencia de si las llevaba a cabo, o no, el trabajador, de manera que, como dijimos, la resolución que se haga por la autoridad competente o por el INSS de incapacidad permanente, no impide el reconocimiento de una situación de segunda actividad.

Hemos de dejar claro, por último, que de conformidad con el TRLGSS y el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, entre las competencias del INSS en materia de incapacidades laborales, está la de evaluar, cualificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por la invalidez permanente en sus distintos grados, así como determinar la contingencia que la ha causado.

## 6 Consecuencias económicas. Las retribuciones

Finalmente, resta que nos pronunciemos sobre las consecuencias económicas que derivan del pase a segunda actividad y, en particular, sobre las retribuciones a percibir por parte de los funcionarios que se hallen en esta situación administrativa especial.

El punto de partida en este ámbito es que existe absoluta compatibilidad entre la pensión de invalidez que reciba el funcionario con motivo del reconocimiento de una situación de incapacidad permanente, y el salario vinculado al puesto de trabajo a ocupar en situación de segunda actividad.

Esta cuestión se planteó como polémica en Cataluña; y es que, a pesar de que ya estaba consolidada la jurisprudencia que afirmaba la compatibilidad entre pensión de invalidez permanente total y el salario por el desarrollo de un puesto de trabajo distinto (incluso cuando la categoría profesional o empresa eran las mismas),<sup>30</sup> para el cuerpo de Mossos d'Esquadra, el artículo 24.2 párrafo 3 del Decreto 246/2008 determinó que la suma de la pensión y de las retribuciones del puesto de trabajo no podían superar el 100 % de lo que el funcionario percibía antes de la declaración de incapacidad que motivó el pase a la segunda actividad, lo que determinaba, a efectos prácticos, que la pensión de incapacidad se «computara» como una parte del salario a percibir.

La previsión anterior fue derogada por la Ley 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas [Disposición derogatoria e)], todo ello motivado por los cambios en la normativa estatal de Seguridad Social.<sup>31</sup> En efecto, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, contribuyó a clarificar la compatibilidad entre pensión y salario cuando, después de reconocida la incapacidad permanente total, se ocupe un puesto de trabajo en la misma Administración, siempre y cuando las funciones a realizar no coincidan con las que dieron lugar a dicha incapacidad. Dicha compatibilidad se encuentra también reconocida expresamente en la actualidad en el artículo 198 del TRLGSS.

Afirmada esta compatibilidad, las cuestiones que se plantean son: ¿cuáles son los conceptos retributivos que integran el salario del funcionario en situación de segunda actividad? y ¿se mantienen, sin cambios, las retribuciones percibidas con anterioridad?

---

prevé para el cuerpo de Mossos d'Esquadra en el artículo 63 de la Ley 10/1994 y en los artículos 11 y 14 del Decreto 246/008; para el cuerpo de bomberos de Cataluña en el artículo 40 de la Ley 5/1994 y en los artículos 3 y 4 del Decreto 24172001; y para el cuerpo de policías locales en el artículo 44 de la Ley 16/1991.

30 Entre otras: SSTSJ Cataluña núm. 5298/2003, de 31 de julio (ponente: Antonio García Rodríguez) y núm. 6489/2003, de 17 de octubre (ponente: M.<sup>a</sup> Lourdes Arastey Sahún).

31 Sobre esta cuestión se pronunció el Síndic de Greuges en la ya citada Resolución del expediente AO-00006/2015, afirmando la compatibilidad entre ambas prestaciones.

Al respecto, la regla es que los funcionarios en situación de segunda actividad deben seguir percibiendo las retribuciones básicas propias de su categoría en el cuerpo y también las de carácter personal que tuvieran reconocidas con anterioridad al pase a la segunda actividad. No obstante, no pueden mantenerse las retribuciones complementarias vinculadas al puesto de trabajo que se ocupaba cuando se desarrollaban funciones operativas; debiéndose percibir, en cambio, las propias del puesto de trabajo que pase a ocuparse en situación de segunda actividad. Ello es así porque mantener las retribuciones complementarias vinculadas a algunos puestos de trabajo, tales como la dedicación, la responsabilidad, la peligrosidad o la penosidad (art. 24 EBEP), cuando, en el puesto de trabajo que se desempeña en segunda actividad, no se dan estas condiciones, desfiguraría la naturaleza jurídica de las mismas.<sup>32</sup>

En este ámbito se instaura de esta manera un equilibrio entre el sistema de retribuciones regulado con carácter básico por el EBEP y desarrollado por las normas autonómicas de función pública; y el mantenimiento de los derechos retributivos reconocidos al funcionario que, por motivos sobrevenidos (en muchas ocasiones vinculados al ejercicio de sus funciones profesionales), no puede desarrollar ya funciones operativas o puede hacerlo con limitaciones.

De lo anterior podemos concluir que la situación administrativa de segunda actividad es aquella que puede afectar a ciertos cuerpos de funcionarios que deben, como condición de acceso, superar determinadas pruebas físicas o psicotécnicas, motivadas por las especiales y particulares labores que se les encomiendan (policías, bomberos, funcionarios de prisiones). Por ello, en la convocatoria de plazas de estos cuerpos especiales no se prevén reservas para personas con algún tipo de discapacidad, como ocurre en el resto de los empleos públicos.

La situación administrativa de segunda actividad es aquella que habilita al funcionario a desempeñar un puesto de trabajo en su nueva condición; condición generada por una enfermedad sobrevenida, una incapacidad permanente (total o parcial) que le permita desempeñar ciertas funciones, pero no aquellas propias o habituales del cuerpo de funcionarios al que pertenece. Es, por tanto, una particularidad de la situación general de servicio activo.

En esta línea, se trata de una causa de incapacidad sobrevenida para el ejercicio de la profesión habitual con carácter total o parcial. Se excluye del concepto de segunda actividad la situación de incapacidad permanente total o absoluta para todo trabajo o gran invalidez. Además, la regulación de esta situación administrativa de servicio activo en segunda actividad, obedece tanto a razones de interés público (que el servicio se preste en determinadas condiciones) como a razones particulares del funcionario que, de otra manera, debería dejar el cuerpo por circunstancias sobrevenidas.

Al afectar a la relación de servicio entre la Administración y el funcionario, debería regularse en una ley (que puede ser autonómica) que debería concretar el ámbito subjetivo (cuerpos de funcionarios afectados), objetivo (razones del pase a la segunda actividad), procedimiento y requisitos para el pase a la situación administrativa de segunda actividad, así como otras cuestiones como la remuneración o los concursos selectivos.

Respecto a las características objetivas, la regulación legal debería abordar cuestiones como la edad fijada para el pase a la situación administrativa de segunda actividad, la situación de discapacidad y si afecta o no a las situaciones de embarazo o de tener al cargo a terceras personas, familiares, a los que afecta una discapacidad. Respecto a estas dos últimas cuestiones, el pronunciamiento es negativo, pues el régimen jurídico de las funcionarias embarazadas, y también de funcionarios con personas a su cargo, ya están previstos legalmente.

---

<sup>32</sup> Esta es la solución que, bajo distintas fórmulas, han adoptado las normas reguladoras de la segunda actividad en Cataluña. Así, en cuanto a los bomberos, en el artículo 7.5 del Decreto 241/2001 se establece que el personal funcionario que pase a la situación de segunda actividad percibirá las retribuciones propias del cuerpo de bomberos y, en concreto, del puesto de trabajo que pase a ocupar. Respecto al cuerpo de Mossos d'Esquadra, se prevé que recibirán las retribuciones básicas correspondientes a su categoría en el cuerpo y las de carácter personal que tuvieran reconocidas, además de las complementarias del puesto de trabajo que se pase a ocupar (art. 62 de la Ley 10/1994 y arts. 5.1. y 24 del Decreto). Finalmente, para la policía local, el artículo 43.3 de la Ley 16/1991 establece que el paso a la situación de segunda actividad no puede representar una disminución de las retribuciones básicas ni del grado personal de los afectados.

Por último, respecto a las retribuciones, la regla es que los funcionarios en situación administrativa de segunda actividad deben seguir percibiendo las retribuciones básicas propias de su categoría en el cuerpo y también las de carácter personal que tuvieran reconocidas con anterioridad al pase a la segunda actividad. No obstante, no pueden mantenerse las retribuciones complementarias vinculadas al puesto de trabajo que se ocupaba cuando se desarrollaban funciones operativas.