

JURISPRUDENTZIA/ JURISPRUDENCIA

César Gallastegi Aranzabal
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Deusto/Deustuko Unibertsitatea
cga@deusto.es

Recibido: 26/10/2018

Aceptado: 07/11/2018

© 2018 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)



Sumario

I. Competencias del Estado: colegiación de empleados públicos.—II. Funcionarios interinos: reclamación por reducción de jornada.—III. Abuso en la contratación temporal y cese de empleados públicos.—IV. Régimen de incompatibilidades: delimitación del concepto de cargo público electivo.

I. Competencias del Estado: colegiación de empleados públicos

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con los párrafos segundo y tercero del artículo 17.2 de la Ley 1/2001, de 16 de marzo, de colegios profesionales de Cantabria, cuya redacción actual corresponde a la establecida por la Ley 5/2011, de 29 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, de la misma comunidad autónoma. En esa regulación, artículo 17, se introduce una excepción a la obligatoriedad de la colegiación para el ejercicio de las profesiones que determinen las leyes del Estado. En concreto, se refiere a las personas que estén vinculadas a una Administración pública en régimen de derecho administrativo o laboral (contemplándose además la excepción de la excepción, de manera que la regla citada de la no colegiación no es aplicable a los empleados públicos cuando ejerzan la profesión de manera privada, ni, en todo caso, al personal médico y de enfermería de la sanidad pública que preste servicio directo a los ciudadanos).

Pues bien, el origen de la presente controversia judicial está en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un veterinario, que trabaja como funcionario facultativo de producción y sanidad animal de la Comunidad Autónoma de Cantabria, al que se le deniega la baja voluntaria en el Colegio de veterinarios correspondiente a ese territorio. Tanto el Ilustre Colegio Oficial Veterinario de Cantabria como el

Consejo General de Colegios de Veterinarios de España rechazaron en vía administrativa la solicitud, para lo que alegaron la prevalencia de la legislación estatal, que exige la colegiación para el ejercicio de la profesión veterinaria, y que, en definitiva, implica la inconstitucionalidad de la excepción para los empleados públicos establecida por la legislación del Parlamento de Cantabria. Por tanto, y a la vista de anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo elevó cuestión de inconstitucionalidad, al considerar que una norma aplicable al proceso, de cuya validez dependía la decisión sobre el mismo, podía ser contraria a la Constitución.

Este caso, resuelto por el Tribunal Constitucional en *sentencia de 16 de julio de dos mil dieciocho* (82/2018, Sala Segunda, cuestión de inconstitucionalidad 3649-2017) no presenta grandes novedades frente a similares ya resueltos por el mismo órgano, incluido el suscitado en torno a la ley vasca sobre la materia. En efecto, el Tribunal Constitucional, por *sentencia de 22 de septiembre de 2014* (150/2014, Sala Primera, cuestión de inconstitucionalidad 1050-2014), anuló el artículo 30.2 («Tal requisito no podrá ser exigido a los profesionales vinculados con la Administración pública mediante relación de servicios regulada por el Derecho administrativo o laboral») de la Ley 18/1997 de Colegios Profesionales del País Vasco, a raíz de que el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Vizcaya interpusiera recurso de casación contra la *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 25 de abril de 2002*, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el artículo primero de la orden de 27 de abril de 2001 del Consejero de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del País Vasco, por la que se aprobaban los estatutos del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Vizcaya. El

Constitucional señala, además, en la sentencia sobre la Ley cántabra, que las partes en el proceso no han aportado argumentos relevantes que le obliguen a introducir matizaciones o a reconsiderar afirmaciones expresadas en sentencias previas; no hay novedades, por tanto, en esta materia.

De manera que nos ceñiremos a recoger la doctrina acuñada —parafraseando al Tribunal Constitucional—, que se puede condensar en los siguientes cinco apartados (Fundamento Jurídico Tercero):

- a) «La exigencia de la colegiación obligatoria de determinados colectivos profesionales para poder ejercer su actividad corresponde al Estado, al igual que el establecimiento de las cuestiones fundamentales sobre los supuestos y condiciones en que las Comunidades Autónomas pueden erigir estas corporaciones profesionales. Esa competencia deriva del artículo 149.1.18 CE, que reserva al Estado el establecimiento de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, puesto que los colegios profesionales son corporaciones de derecho público y el Estado puede imponer la colegiación forzosa como forma de asegurar ciertas garantías de interés general en la prestación de servicios en un sector profesional».
- b) «Cuando el Estado sujeta a colegiación obligatoria el ejercicio de una concreta profesión, está estableciendo una condición básica que garantiza la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales en todo el territorio del Estado, por lo que también está empleando de manera concurrente la competencia recogida en el art. 149.1.1 CE. Concretamente, el Estado estaría introduciendo un límite sustancial que afecta al contenido primario del derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio del art. 35.1 CE».
- c) «El Estado ha ejercido esas competencias exclusivas que le atribuyen los artículos 149.1.1 y 18 CE, de tal manera que ha previsto la sujeción a colegiación de determinadas profesiones tituladas, las cuales han de concretarse mediante ley estatal. Esa exigencia fue establecida mediante el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales, que es anterior a la Constitución, y se ha mantenido con las reformas posteriores, habiéndose declarado material y formalmente básico por este Tribunal».
- d) «La normativa estatal no exceptúa a los empleados públicos en general (ni a los veterinarios en particular) de la necesidad de colegia-

ción en el caso de que presten servicios solo para, o a través de, una Administración pública. La cláusula “sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional”, con la que concluye el artículo 1.3 de la Ley estatal de colegios profesionales al regular los fines de estas corporaciones de derecho público, no puede interpretarse como introductora de una excepción. Al contrario, tal como apreciamos en la primera de las Sentencias citadas, se trata de “una cautela dirigida a garantizar que el ejercicio de las competencias colegiales de ordenación de la profesión que se atribuyen, en exclusiva, a los colegios profesionales y, por tanto, a los propios profesionales, no desplaza o impide el ejercicio de las competencias que, como empleadora, la Administración ostenta sin excepción sobre todo su personal, con independencia de que éste realice o no actividades propias de profesiones colegiadas”».

- e) «Por su parte, las Comunidades Autónomas con competencia de desarrollo del régimen jurídico de los colegios profesionales de conformidad con las bases estatales, como es el caso de Cantabria (art. 25.5 del Estatuto de Autonomía de Cantabria), no pueden introducir excepciones a la exigencia obligatoria de colegiación, aunque sea de manera acotada o limitada, porque ello no constituye un desarrollo sino una contradicción de las mismas, que las desvirtúa y excede de su competencia. Allá donde el Estado no ha previsto excepciones, ni ha permitido que sean las propias Comunidades Autónomas las que las introduzcan, al haber establecido el artículo 3.2 *in fine* de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, una reserva de ley estatal, no pueden éstas impedir la plena proyección de las bases estatales mediante exenciones de determinados colectivos, como puedan ser los empleados públicos».

Citada la doctrina del Constitucional sobre la materia, queda patente la inconstitucionalidad de la exención autonómica de colegiación para los empleados públicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria, por vulnerar las competencias estatales; además, esa declaración debe extenderse al conjunto de la regulación establecida en los párrafos segundo y tercero del artículo 17.2 de la Ley 1/2001, por cuanto contienen —según señala el Tribunal Constitucional— simples modulaciones de la excepción a la colegiación obligatoria; esto es, al desaparecer la excepción, de la que son matiz, se ven arrastradas al mismo destino.

II. Funcionarios interinos: reclamación por reducción de jornada

En este segundo apartado de nuestra crónica de jurisprudencia, al igual que hemos hecho en el anterior, nos asomamos a la producción generada en los últimos meses por el Tribunal Constitucional y que está más relacionada con cuestiones de empleo público. Se trata de ambos casos de unas de las pocas sentencias de ese periodo que pertenecen al ámbito de la gestión de las personas en el marco de las administraciones públicas; la primera trataba sobre una cuestión conexas, que surgía en torno a un conflicto de competencias sobre materia de colegios profesionales; la segunda, como veremos, es más cercana, pero se centra en aspectos más bien procesales (derecho a la tutela judicial efectiva), aunque, en cualquier caso, reviste interés material o de fondo por su encuadramiento en la cuestión del tratamiento de los funcionarios interinos —temática que, precisamente, volverá a aparecer en el apartado siguiente de esta crónica de jurisprudencia—, y nos lleva a repasar la dinámica sobre el tema en el pasado reciente en la Comunidad valenciana.

Nos ocuparemos, pues, de la *sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de marzo de dos mil dieciocho* (22/2018, Sala Primera, recurso de amparo 5194-2016), en la que se analiza la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva respecto del recurrente en una resolución judicial carente de razonamiento suficiente sobre interpretación y aplicabilidad de una directiva de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La norma que originó la discusión fue el Decreto-ley autonómico 1/2012, de 5 de enero, del Consell, de medidas urgentes para la reducción del déficit en la Comunidad Valenciana. Esta regulación, conocida como Decreto Vela, dada en el contexto de la crisis, supuso reducciones retributivas para todos los funcionarios, y específicamente para los funcionarios interinos la reducción en una parte importante de su jornada, con los consiguientes efectos económicos. Entre otras reacciones provocó que la propia Unión Europea alertara a la Generalitat de la vulneración de los derechos de los funcionarios interinos y del personal laboral de la Generalitat y que poco después de su entrada en vigor se diera la primera sentencia en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana contra esa regulación (sentencia de nueve de julio de dos mil catorce, 480/2012, Sala de

lo Contencioso-Administrativo; actualmente, con base en la firmeza de la sentencia se están concediendo por dicho Tribunal las correspondientes extensiones de sentencia que permiten recuperar a dicho personal las retribuciones que se le dedujeron en el año 2012) o que se planteara, y reconociera, en el Tribunal Supremo, el derecho a la prestación de desempleo parcial a los funcionarios interinos por la reducción de jornada y sueldo citada (sentencia de 27 de octubre de dos mil quince, 2876/2014, Sala de lo Social). De la misma mano vino el Decreto 186/14 del Consell, que regulaba la carrera profesional de los empleados públicos y excluía a los funcionarios interinos con más de cinco años de antigüedad de la posible percepción del complemento retributivo de carrera profesional, corregida por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana (sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil quince, 803/2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo), ratificada por el Tribunal Supremo (sentencia de 8 de marzo de dos mil diecisiete, 93/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo) y que en 2018 sigue generando asimismo sentencias correctoras.

Volviendo a la resolución que encabeza este apartado, apuntamos que un funcionario interino promovió recurso de amparo contra una sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón en 2015, por la que se le denegaba el derecho a cobrar cantidades reclamadas por reducción de su jornada, y contra el Auto de 9 de septiembre de 2016, desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la anterior resolución. La demanda de amparo tiene su origen en los siguientes antecedentes: a) el recurrente había trabajado, como funcionario interino de urgencia, para la Generalitat Valenciana desde el 17 de enero de 1995; b) en marzo de 2012, la Generalitat Valenciana modificó las condiciones de trabajo del demandante, al amparo del Decreto Vela (reducción de jornada y consiguiente reducción retributiva); c) el artículo 3 del Decreto-ley 1/2012 exceptuaba de la medida al personal no docente en centros docentes, centros de formación e inserción profesional, el personal de emergencias, los destinados en residencias de atención a personas mayores dependientes o con discapacidad, centros de recepción y acogida de menores, centros de reeducación, comedores sociales, centros especializados de atención a mayores, centros de evaluación y orientación de discapacitados; también contemplaba que, con carácter excepcional, el Consell podría autorizar el mantenimiento de la jornada del funcionario interino en supuestos considerados imprescindibles para el ejercicio de las competencias atribuidas, con determinados informes favorables; ninguna de estas excepciones se aplicó al recurrente; d) el recurrente interpuso, en febrero de 2013, recurso

de alzada contra las nóminas liquidadas con la reducción, alegando, entre otros motivos, la infracción del artículo 14 de la Constitución, en relación con la Directiva comunitaria 1999/70/CE, por discriminación del interesado, como funcionario interino, frente a los funcionarios de carrera y frente a otros funcionarios interinos a los que no se redujo la jornada; e) tras ser desestimado el recurso de alzada del actor, el interesado interpuso recurso contencioso-administrativo; en la demanda alegaba el actor, la primacía y aplicación directa de la Directiva europea 1999/70/CE y la infracción del artículo 14 de la Constitución, tanto por discriminación de los funcionarios interinos respecto a los de carrera, como de aquellos entre sí; se solicitaba prueba a este respecto, así como el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 3 del Decreto-ley valenciano, por vulneración de la Directiva citada y del artículo 14 CE; en mayo de 2015 el Juzgado dictó sentencia desestimatoria del recurso interpuesto; f) el funcionario interino formuló incidente de nulidad de actuaciones contra la citada sentencia por supuestas lesiones del artículo 24.1 (incongruencia y falta de motivación: puesto que la sentencia no respondió a su petición de aplicación directa de la Directiva europea 1999/70/CE, ni tampoco contestó a la cuestión planteada sobre discriminación del interesado frente a otros funcionarios interinos a los que no se redujo la jornada y el salario, amén de que se lesionó su derecho a la tutela judicial efectiva al no plantear el juzgador la cuestión de inconstitucionalidad solicitada) y del artículo 14 de la Constitución (invocando las SSTC 240/1999 y 203/2000 sobre interinos de larga duración); finalizaba con la solicitud de suspensión del incidente hasta la resolución del recurso de amparo contra la Sentencia 475/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia y del recurso de inconstitucionalidad núm. 2063-2012 del que había tenido conocimiento, interpuesto por 50 senadores del grupo socialista contra el Decreto-ley valenciano 1/2012.

En su fallo, el Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo interpuesto por el funcionario interino y como consecuencia: a) declara la vulneración del derecho fundamental del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE); b) le restablece en su derecho y, por consiguiente, declara la nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón en fecha 6 de mayo de 2015 y del auto de 9 septiembre de 2016, desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones deducido

frente a la anterior resolución; c) ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera de las citadas resoluciones, al efecto de que el órgano judicial dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado. La sentencia cuenta con un voto particular concurrente.

Como señala en su texto (Fundamento Jurídico Cuarto): «el ahora recurrente solicitó, desde el primer momento, al órgano judicial, la aplicación directa de la Directiva 1999/70/CE, invocando la interpretación que de la misma habían hecho ya los tribunales, tanto europeos, como españoles, en el sentido de proscribir las diferencias de trato entre empleados públicos temporales y fijos. Sin embargo, frente a ello, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Castellón, en la Sentencia recurrida en amparo, ni cita, ni valora la jurisprudencia que le había sido invocada, ni prácticamente hace referencia alguna a la Directiva comunitaria», por lo que «el Juzgado dejó de razonar sobre un alegato sustancial de la parte actora, como era la existencia de esos precedentes provenientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea encargado de resolver de manera vinculante las dudas sobre la interpretación de la Directiva invocada por la parte, así como del Tribunal Supremo. Por tanto, sin que nos corresponda en este momento discernir el acierto o desacierto de la respuesta judicial, sí nos corresponde constatar que la misma no se produjo con el contenido mínimo imprescindible para poder valorar su racionalidad y poder así descartar que se haya producido, en el caso concreto, una preterición o desconocimiento del Derecho de la Unión Europea que, desde el punto de vista del artículo 24 CE pudiera suponer una selección irrazonable o arbitraria de la norma aplicable al proceso». De igual manera: «La misma conclusión anterior se hace extensiva a la falta de respuesta, por la Sentencia recurrida, sobre el motivo de recurso relativo a una supuesta discriminación por parte de las resoluciones administrativas de unos funcionarios interinos (a los que se redujo la jornada) frente a otros (que no experimentaron dicha reducción). Tampoco sobre este extremo contiene la Sentencia del Juzgado pronunciamiento de ningún tipo, aunque sí hace referencia al mismo al resumir las cuestiones planteadas en el fundamento jurídico primero y consta en los autos que se practicó la prueba que el interesado solicitó al efecto. Por tanto, también la omisión de todo análisis de esta alegación constituye una vulneración del artículo 24.1 CE».

III. Abuso en la contratación temporal y cese de empleados públicos

En este apartado, como hemos señalado previamente, aparecen de nuevo como protagonistas los funcionarios interinos, a los que se suma el personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud, en ambos casos en el marco geográfico del País Vasco. En torno a los primeros, recogemos la *sentencia del Tribunal Supremo de veintiséis de septiembre de dos mil dieciocho* (1426/2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso número 1305/2017) y sobre el personal estatutario, la *sentencia del Tribunal Supremo de veintiséis de septiembre de dos mil dieciocho* (1425/2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso número 785/2017).

En el primer caso —sobre el que nos vamos a referir más extensamente— nos encontramos con un funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, con nombramiento en febrero de 1998 para la ejecución de un programa temporal, y cuya relación administrativa se dio por terminada a finales del año 2012; en realidad, llevaba ligado, de una forma u otra, a la administración municipal desde 1993; además, la prestación de servicios dejó de estar amparada por su nombramiento como interino en 2003 y la actuación objeto del programa temporal se trata de una necesidad permanente.

El funcionario interino interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado correspondiente en 2013, el cual dictó sentencia desestimatoria, avalando la decisión de la administración de dar por terminado el programa temporal. Contra esa sentencia se interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual dictó un auto en marzo de 2015 donde planteaba al Tribunal de Justicia de la Unión Europea varias cuestiones prejudiciales. El tribunal europeo, mediante sentencia dada en septiembre de 2016, contestó a la Sala de lo Contencioso-Administrativo, la cual dictó sentencia en diciembre de 2016 (sentencia 608/2016, de 12 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sección Tercera), declarando la sucesión de nombramientos de que ha sido objeto el apelante desde su nombramiento de 1995 como abusivo y contrario a derecho, por lo que «el apelante continuará vincu-

lado a la demandada como personal indefinido no fijo hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria. En el supuesto de resultar necesario su cese, justificado este, percibirá el interesado la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales. Y todo ello en razón a que del Auto antes citado se infiere que el actor fue contratado sin atender a los límites objetivos que configuran el contrato de duración determinada».

Por su parte, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz recurrió en casación, oponiéndose al fallo recurrido. La sentencia 1426/2018 del Tribunal Supremo señala (Fundamento de Derecho Decimoséptimo) que la relación de empleo como funcionario interino no debe darse por finalizada a finales de 2012; la relación de empleo subsiste y debe continuar, con los derechos profesionales y económicos que le son propios, hasta que el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 del Estatuto Básico del Empleado Público; tal consecuencia es la única que, además de ser proporcionada, resulta eficaz para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE; dadas las funciones permanentes y estables que desempeñaba el recurrente se debe valorar si procede o no el incremento de la plantilla municipal, acudiendo, si es necesario, al tipo de nombramiento que proceda e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestar las funciones correspondientes; en cuanto al reconocimiento de un derecho indemnizatorio —y que en el caso de autos no procede—, distinto del que lleva consigo la subsistencia y continuidad de la relación de empleo, remarca las condiciones necesarias para que se diera.

Con las consideraciones efectuadas en los fundamentos anteriores, la sentencia establece: «la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal que fue nombrado como funcionario interino de un Ayuntamiento, en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde la fecha de efectos de la resolución anulada, hasta que esa Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, y hoy en el mismo precepto del Texto

Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre» (Fundamento de Derecho Decimoséptimo). Por tanto, «La lógica consecuencia de lo hasta aquí expuesto no puede ser otra que la estimación en parte del recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, pues, como se sostiene en el mismo, la sentencia recurrida ha interpretado de manera errónea el ordenamiento jurídico al decidir que la relación de empleo del demandante debe ser considerada a todos los efectos como indefinida no fija; y al entender, también, que llegado y justificado su cese, deberá percibir la indemnización —dice— señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales» (Fundamento de Derecho Decimonoveno).

Por tanto, el Tribunal Supremo reconoce el derecho de los interinos nombrados de manera abusiva a mantenerse en sus puestos de trabajo, percibiendo las retribuciones no abonadas, mientras la Administración no cumpla con la normativa vigente (el cese solo puede tener lugar cuando la plaza se cubra por el procedimiento correspondiente por funcionario o personal de carrera, o cuando vuelva su titular, o cuando termine el programa temporal que debe ejecutarse o cuando finalice la acumulación de tareas motivadora del nombramiento), sin que sea posible la utilización de la figura de personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social.

En cuanto a la segunda sentencia, la 1425/2018 del Tribunal Supremo, referida al personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud, los términos de la disputa son similares. Esto es, se constata una situación de abuso, puesto que la trabajadora cubría necesidades que no tenían carácter provisional, sino permanente y estable; pero esto no permite convertir —corrigiendo así lo señalado por el Tribunal Superior de Justicia— a la empleada pública eventual en personal indefinido no fijo, figura jurídica, como se ha señalado, propia de las relaciones sometidas al Derecho Laboral. En definitiva, no resulta admisible la extensión de la construcción jurisprudencial de los indefinidos no fijos a la generalidad de empleados públicos en situación de fraude temporal.

IV. Régimen de incompatibilidades: delimitación del concepto de cargo público electivo

En este último apartado de nuestra crónica de jurisprudencia examinaremos un interesante caso relacionado con la cuestión de las incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Como es conocido, la normativa sobre la materia prohíbe al personal público el desempeño de otras actividades profesionales o lucrativas, ya sea en el sector público o en el privado, a salvo de las excepciones previstas por la ley.

Acercándonos al caso que nos ocupa, el funcionario protagonista de los hechos pretendía obtener la autorización pertinente para desempeñar un segundo cargo o actividad en el sector público. En concreto, su caso encajaba en la excepción prevista legalmente para ocupar cargos electivos en una corporación municipal. Y es que el funcionario iba a simular su condición de funcionario con la de vocal vecino en Madrid, por designación de la alcaldía, en función de los resultados electorales (similares figuras, enmarcadas en la tendencia municipal a la descentralización administrativa y al fomento de la participación ciudadana existen en otras ciudades como Bilbao y Vitoria-Gasteiz; en Donostia-San Sebastián, por su parte, durante el presente año se ha puesto en marcha el primer distrito).

Por tanto, el quid de la cuestión estriba en determinar si en el concepto de cargo electivo —que es el término utilizado por la normativa de incompatibilidades para admitir ciertos casos de compatibilidad— se incluyen, además de los cargos directamente elegidos por los ciudadanos, cuestión sobre la que no hay discusión, aquellos otros de elección indirecta, tales como el de vocal vecino. La decisión sobre tal asunto supone, en un sentido genérico, aclarar la extensión del precepto constitucional sobre el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos, y, en un sentido más concreto, permitir a los funcionarios que ocupen ciertos cargos abiertos a los ciudadanos o vedarles el acceso a los mismos.

Entrando de lleno en la descripción de los hechos, en octubre de 2015 el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas rechazó la petición de un funcionario para compatibilizar el desempeño de la activi-

dad pública principal como funcionario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (en el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía), con la actividad pública secundaria de vocal vecino de Junta de Distrito de Retiro en el Ayuntamiento de Madrid (propuesto por el Grupo Municipal socialista, con una asignación mensual de 570,76 € al mes).

La negativa de la Administración se sustentaba en que la legislación al respecto, esto es, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, artículos 1 y 3, lo prohibía.

El primero de esos artículos, por una parte, señala: «1. El personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos previstos en la misma», y, por otra, establece: «2. Además, no se podrá percibir, salvo en los supuestos previstos en esta Ley, más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas».

El segundo de los artículos citados, el artículo 3, establece unas excepciones que configuran el régimen de compatibilidad limitada existente en el momento actual en el ordenamiento jurídico español. Limitándonos al caso que nos ocupa y dejando de lado otro tipo de compatibilidades, ese artículo 3 nos remite al artículo 5, donde se detalla la compatibilidad de la actividad funcional con el desempeño de ciertos cargos electivos. En concreto, se cita la condición de miembro de asamblea legislativa autonómica (con ciertos requisitos) o de miembro de una corporación local (con ciertos requisitos: que no se trate de un cargo retribuido en régimen de dedicación exclusiva).

Los denominados en Madrid vocales vecinos no son cargos resultantes de la elección directa por los ciudadanos —como pueden ser los diputados y senadores, parlamentarios europeos y autonómicos o los concejales, todos ellos representantes libremente elegidos por sufragio universal en elecciones periódicas—, sino que son nombrados por el alcalde. Representan a los grupos políticos municipales, tiene alguna ligazón con el distrito correspondiente (como la residencia en el mismo), y son nombrados, como se ha dicho, por el alcalde, a propuesta de los grupos municipales, en proporción a la representación de dichos grupos en el Ayuntamiento.

Tras la negativa del órgano competente para autorizar la compatibilidad, el funcionario interpuso ante el Juzgado Central n.º 11 de Madrid un recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, en el que invocó la vulneración del ar-

tículo 23 de la Constitución. Dicho Juzgado dictó sentencia por la que desestimó el recurso y confirmó la resolución administrativa, por entender que la misma era ajustada a derecho.

A continuación, el funcionario recurrió en apelación contra la sentencia del Juzgado, recurso que fue desestimado nuevamente por sentencia de 19 de diciembre de 2016, de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. La Audiencia Nacional en su sentencia refrenda las aseveraciones del Juzgado: la figura analizada no se trata de un cargo electivo, sino de un cargo de confianza; el vocal vecino, en términos constitucionales, no representa al pueblo que le haya elegido, ya que entre el vocal-vecino y el Cuerpo Electoral no hay relación directa ni mandato representativo; en definitiva, el derecho de acceso a dicho cargo no debe entenderse incluido en el ámbito de protección del artículo 23 de la Constitución.

En 2017 se admitió a trámite en el Tribunal Supremo el recurso de casación preparado por la representación procesal del actor y apelante. En el escrito de interposición se citaban cuestiones como la infracción del artículo 23.2 de la Constitución Española por interpretación indebida del término cargo público, la infracción del art. 5.1.b) de la Ley 53/1984 (ahí se recoge que las seis solicitudes de compatibilidad anteriores a la enjuiciada fueron aceptadas, y que el cambio de criterio administrativo se fundó en que la equiparación carecería de soporte legal, al haber sido derogado el preconstitucional Decreto 1674/1963 por la Ley 22/2006 de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid) y la infracción del principio de igualdad en la aplicación del art. 5.1.b) de la Ley de Incompatibilidad (donde se argumenta que si se niega a los vocales vecinos la consideración de cargo público representativo, necesariamente debe incluirse su ejercicio en el ámbito de función pública protegido por el artículo 23.2 de la Constitución y en el presente caso los vocales vecinos, por su propia definición y configuración, están diseñados para que se puedan compatibilizar con la actividad profesional ordinaria de sus titulares, por lo que, de una forma u otra los vocales vecinos entran dentro de la protección del artículo 23.2 de la Constitución; además, se insiste en la discriminación injustificada del reclamante, al haber sido aceptadas todas las peticiones previas de funcionarios con el mismo fin). Se opone la Abogacía del Estado, y el Ministerio Fiscal, por su parte, interesa que se acuerde la nulidad de la sentencia de la Audiencia Nacional.

El Tribunal Supremo da la *sentencia de dos de octubre de dos mil dieciocho* (1452/2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso número 509/2017). En sus fundamentos de derecho, en-

tre otras cuestiones, repasa la normativa a considerar (Ley de Bases de Régimen Local, Ley de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, Ley de Administración Local de la Comunidad de Madrid, Reglamento Orgánico del Gobierno y de la Administración del Ayuntamiento de Madrid, Reglamento Orgánico de los Distritos de la Ciudad de Madrid, etc.) y recuerda, incluso, que en 2002 hubo una proposición de Ley de reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, que no prosperó, donde los Consejeros de Distrito (figura similar) eran elegidos por sufragio universal entre los electores del distrito correspondiente. También se repasan las sentencias del Supremo que tienen alguna relación con la cuestión a decidir y los pronunciamientos de interés del Constitucional.

En sus conclusiones (Fundamento de Derecho Séptimo), el Tribunal Supremo establece la naturaleza jurídica de los Distritos del Ayuntamiento de Madrid y de las Juntas Municipal del Distrito. En tercer lugar, se refiere a la condición jurídica de los vocales-vecinos integrados en las Juntas y señala: «Son cargos públicos representativos, pues: a) son designados para intervenir directamente en la toma de decisiones políticas; b) participan en el gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente; c) su participación es, así, no de cualquier índole, sino política; y d) el origen y causa de la propuesta y nombramiento de cada uno de los vocales-vecinos conecta y está ligado a los resultados de un sufragio universal, cuál es el de la elección de los concejales del Ayuntamiento», y añade: «Cierto es que se trata de una “elección” indirecta o de segundo grado. Pero ello, aunque se aparte de la regla general con que se concibe el sufragio —directo—, no resulta prohibido por el texto constitucional, que contempla, como ya hemos dicho, mecanismos de elección indirecta o de segundo grado; ni, en concreto, por el tenor del art. 23 del mismo, que no añade al término universal esa nota de que el sufragio haya de ser directo. Además, aque-

lla, la «elección» o, con más acierto, «designación», no deja de guardar la necesaria correlación o correspondencia con la voluntad del elector expresada en las urnas». Siguiendo con las conclusiones, sobre la interpretación del art. 5.1.b) de la Ley 53/1984, manifiesta que «la expresión «cargos electivos» que emplea el precepto no tiene una única interpretación posible, que excluya del concepto de cargo electivo a aquél cuya designación sea producto de una elección indirecta o de segundo grado. Al contrario, cabe incluir en ella a éste y debe incluirse en todo caso si se trata de cargos públicos representativos titulares del derecho de participación política que protege el art. 23 de la Constitución, como es el caso».

Respondiendo a las cuestiones planteadas en el auto de admisión (Fundamento de Derecho Octavo), el Supremo establece que «El cargo de Vocal Vecino de la Junta Municipal de cualquiera de los Distritos del Ayuntamiento de Madrid, sí está comprendido en el ámbito de protección que dispensa el derecho fundamental de acceso a los cargos públicos reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución» y «el Vocal Vecino ha de considerarse miembro de la Corporación Local a los efectos de aplicar la excepción prevista en el artículo 5.1.b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas».

Por lo expuesto, el Tribunal Supremo reconoce la compatibilidad de la función pública y el desarrollo de un cargo de elección indirecta. De esta forma, corrige a la Administración y a los tribunales inferiores, que entendían que no se vulneraba el derecho fundamental contemplado en el artículo 23 de la Constitución, se estima el recurso de casación y se declara compatible la situación de servicio activo del actor como funcionario público estatal con su nombramiento de vocal vecino de la Junta Municipal del Distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid.