

JURISPRUDENTZIA JURISPRUDENCIA

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

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvgp.27.2024.06>

Recibido: 21/11/2024

Aceptado: 21/11/2024

© 2024 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. Procedimiento selectivo: distinta valoración de los servicios prestados.—II. Derechos de las personas empleadas públicas: familia monoparental y permiso de nacimiento.—III. Deberes e incompatibilidades: ejercicio de actividades privadas y cobro de complementos.—IV. Deberes e incompatibilidades: personas trabajadoras fijas discontinuas y segunda actividad durante los periodos de inactividad.—V. Régimen disciplinario: derechos en materia de protección de datos personales.

I. Procedimiento selectivo: distinta valoración de los servicios prestados

Iniciamos la crónica con una cuestión de plena actualidad y que está afectando a numerosas personas. En este caso, el aspirante participó en el proceso selectivo convocado con carácter excepcional por resolución del Director General de Recursos Humanos del Servicio Gallego de Salud, de estabilización, por el sistema de concurso de méritos, para el ingreso en diversas especialidades de la categoría de facultativo especialista de área. El baremo conforme al que debía resolverse el concurso de méritos preveía que por formación podrían obtenerse hasta 8 puntos, hasta 28 por experiencia y hasta 4 por docencia, investigación e innovación sanitaria. Por experiencia, el baremo asignaba 0,20 puntos/mes por los servicios prestados exclusivamente como personal estatutario temporal en la misma categoría y especialidad o categoría equivalente homologada por la cuenta y bajo dependencia de las instituciones sanitarias en el Sistema Público de Salud de Galicia.

La puntuación por experiencia bajaba a 0,10 puntos/mes por los servicios prestados como personal estatutario temporal en la misma categoría y especialidad o categoría equivalente homologada por cuenta y bajo dependencia de instituciones sanitarias del sistema sanitario público de otros servicios de salud del Sistema Nacional de Salud; y más aún, hasta 0,06 puntos/mes, 0,05 puntos/mes y 0,025 puntos/mes, respectivamente, a los prestados en instituciones sanitarias de países de la Unión Europea/Espacio Europeo/Suiza, en otra categoría del sistema sanitario de Galicia y en otra categoría de otros servicios del Sistema Nacional de Salud.

Nuestro protagonista acreditó doce años y medio de servicios previos en la misma categoría y especialidades (en total 150 meses), pero como los había prestado en hospitales de Baleares, Cataluña y Extremadura, la aplicación del baremo le dejaba en 15 puntos (mientras que si los servicios los hubiera prestado en el Sistema de Salud de Galicia, le habría dado el doble, llegando al máximo posible de 28 puntos), en vista de lo cual impugnó por el procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales la resolución citada y pidió que se declarara nulo el segundo párrafo del punto 2 del baremo del anexo II, por entender que era contrario al principio de igualdad proclamado en el artículo 14 y al artículo 23.2 en relación con el artículo 103.3 siempre de la Constitución. También reclamó que se le reconociera el derecho a que se le valorara su experiencia profesional con la misma puntuación que al personal estatutario temporal por cuenta y bajo dependencia de instituciones sanitarias en el Sistema Público de Salud de Galicia.

La sentencia correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia estimó, tal como había solicitado el Ministerio Fiscal, el recurso del aspirante y anuló la valoración que hemos detallado previamente, por conculcación del artículo 23.2 de la Constitución española, porque establece una desproporcionada valoración de los servicios prestados, según lo hayan sido en el Sistema Público de Salud de Galicia o en instituciones sanitarias del sistema sanitario público de otros servicios de salud del Sistema Nacional de Salud.

La Xunta de Galicia interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo resuelve en su *sentencia de veintiséis de septiembre de 2024* (1519/2024, recurso núm. 6920/2023, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, recurso núm. 6920/2023).

Extractando lo fundamental de su sentencia, recogemos que el Tribunal Supremo señala: «esta Sala de



conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional ha mantenido en las sentencias invocadas por el escrito de oposición y por el Ministerio Fiscal que, en procesos selectivos, en la fase de concurso de méritos no es en sí mismo contrario al principio de igualdad que servicios prestados con anterioridad en la categoría convocada o en otra equivalente reciban distinta valoración según la Administración en que tuvieron lugar», si bien, «todas las partes saben que esa misma jurisprudencia, constitucional y de esta Sala no admite cualquier diferencia. El mayor valor que cabe atribuir a la experiencia en la Administración convocante no puede ser absoluto o, como dice, el Tribunal Constitucional, no puede superar el límite de lo tolerable. Y, además de ese límite material, ha impuesto otro formal: la diferencia ha de ser justificada. Justificación que debe consistir en la explicación de las razones por las cuales el ejercicio de la misma actividad debe suponer una superior valoración y en qué medida según haya tenido lugar en la Administración que convoca o en otra distinta» (FD 4).

Y lo actuado se valora de la siguiente manera: «Aquí nos encontramos con que la resolución de convocatoria estableció la diferente puntuación de la que venimos hablando, pero la sentencia ahora recurrida no apreció que fuera acompañada de la imprescindible justificación de esa doble puntuación de los servicios prestados en instituciones sanitarias del Sistema de Salud de Galicia. Y lo cierto es que el escrito de interposición no nos dice lo contrario. Solamente apunta al marco normativo en el que se encuadra la resolución impugnada en la instancia y a la finalidad pretendida. Ahora bien, de ese marco no se desprende, más allá de la recomendación de primar la experiencia previa en la Administración gallega, ninguna razón de por qué debe valer el doble a la habida en otras Administraciones» (FD 4). Más aún: «La excepcionalidad del proceso selectivo, su finalidad y el que sea por una sola vez no aportan la justificación necesaria. No porque este no sea el primero de los procesos de estabilización del empleo temporal, tal como insiste el escrito de oposición. Ni porque sea cuestionable, que no lo es, sino todo lo contrario, el objetivo de reducir esa temporalidad. Estas circunstancias pueden servir para fundamentar una mayor valoración de la experiencia previa en la Administración convocante, pero no la concretamente establecida. En efecto, en la medida en que la puntuación por experiencia previa suponía el 70% de la total que se podía alcanzar, tiene razón el escrito de oposición al decir que el distinto trato controvertido puede hacer que el proceso selectivo, de facto se convierta en restringido, en contra, por tanto, de lo prescrito por la Ley 20/2021. De ahí la importancia determinante de la falta de explicación» (FD 4).

En consecuencia, la respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión del recurso de casación queda explicitada así: «la falta de justificación de la puntuación más elevada de los servicios prestados en la Comunidad Autónoma convocante de un proceso de estabilización derivado de la previsión del artículo 2.4 y disposición adicional sexta de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo, quiebra el principio de igualdad y libre concurrencia» (FD 5). Por lo que antecede, queda rechazada definitivamente la petición de la Administración gallega para que se mantuviera el baremo que puntuaba de distinta manera los servicios prestados según su origen o ubicación.

II. Derechos de las personas empleadas públicas: familia monoparental y permiso de nacimiento

En este segundo apartado, la atención se centra en determinar si es posible que en el caso de una familia monoparental la única progenitora de un menor, funcionaria, se acoja al permiso de nacimiento que le hubiera correspondido al otro progenitor —que no existe, de manera declarada, en este supuesto—, y así alargar el periodo de permiso.

Los acontecimientos se desarrollaron de la manera siguiente: una docente solicitó a la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León la ampliación del permiso de maternidad por tratarse de una familia monoparental. La profesora trataba de añadir a las dieciséis semanas que le correspondían como madre, las ocho que se preveían por maternidad en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49 c) del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público. La resolución, dada en septiembre de 2020, de la Dirección Provincial de Educación de Valladolid, por delegación de la Dirección General de Recursos Humanos, de la Consejería de Educación, desestimó la solicitud.

La resolución administrativa fue recurrida y la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo correspondiente estimó el recurso contencioso-administrativo por considerar que era discriminatorio limitar la aplicación de la norma de configuración del permiso por nacimiento a un único modelo de familia, la biparental (a la vista de la protección brindada a la familia, en general, y teniendo en cuenta el interés superior del menor).



La administración, a su vez, recurrió ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, la cual estimó el recurso de apelación (y señala, entre otros argumentos, que los derechos derivados del nacimiento de una persona, por más que estén determinados por dicho hecho, no se conceden al recién nacido; la empresa concede el permiso a su persona empleada, no a su hijo, y mucho menos al progenitor que puede serlo de otra empresa, que será quien deba hacer frente a tal evento).

Y, finalmente, la funcionaria recurre en casación; la Administración recurrida, por su parte, no se persona. La parte recurrente se centra en las ideas de igualdad y protección del interés del menor: los recién nacidos de una familia monoparental no deberían tener la compañía y los cuidados de un progenitor en menor medida que aquellos nacidos en el seno de una familiar biparental. El interés casacional para la formación de jurisprudencia del presente recurso quedó delimitado en los siguientes términos: «determinar si, en caso de familia monoparental, es posible la ampliación del permiso por nacimiento que le hubiera correspondido al otro progenitor en igualdad de condiciones al resto de las familias para evitar la discriminación del menor» (FD 2).

El Tribunal Supremo resuelve en la *sentencia de quince de octubre de 2024* (1612/2024, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 5372/2022). El punto de partida de la argumentación del Tribunal Supremo es la falta de previsión legal específica al respecto: «El régimen jurídico de los derechos y deberes de los empleados públicos, específicamente los permisos por nacimiento para la madre biológica y los permisos, por igual causa y asimilados, del progenitor diferente de la madre biológica, que diseña el citado artículo 49, no contempla expresamente el supuesto de hecho ahora examinado (...) no autoriza, ni impone, ni prohíbe, que al permiso de maternidad del apartado a), pueda añadirse, o no, el permiso del otro progenitor que regula el apartado c) del mismo precepto legal, siempre en la parte que resulta aplicable, es decir, excluyendo las seis primeras semanas de descanso obligatorio, que son las posteriores al parto o al “hecho causante”; por lo que, «nos corresponde interpretar, según los criterios hermenéuticos que establece nuestro ordenamiento jurídico, las normas que contiene el artículo 49, sobre los permisos de maternidad, para inferir una respuesta a la cuestión de interés casacional que determinó la admisión del presente recurso de casación, y que resulte acorde con nuestra Constitución, el derecho de la UE, las normas supranacionales, y las leyes de aplicación» (FD 5). En la normativa aplicable se señalaba que los recién nacidos en las familias biparentales estarán acompañados por un

progenitor y recibirán sus cuidados y atenciones durante 26 semanas (6 semanas por ambos progenitores y 20 semanas según la voluntad de los mismos cuando ambos trabajen), mientras que, respecto de las familias monoparentales, el permiso se extenderá únicamente a 16 semanas por aplicación del apartado a) del artículo 49 del Texto Refundido de la ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TRLEBEP).

Introduciéndonos ya en la interpretación de la norma que hace el Tribunal Supremo, adelanta la sentencia: «Los efectos y diferencias entre las familias monoparentales y biparentales, que genera la aplicación administrativa del artículo 49 del TRLEBEP, a tenor del acto administrativo originariamente impugnado y la sentencia de apelación, sobre la configuración y extensión de estos permisos, no parece compatible ni con la Constitución, ni con el derecho de la Unión Europea, ni con las normas internacionales, y, en fin, ni con el resto del ordenamiento jurídico, en los términos que seguidamente expresamos». El argumento principal gira en torno a la igualdad y el interés superior del menor, así como la falta de justificación para ello: «entre los intereses en juego, el interés del menor destaca sobre todos ellos, es un interés superior, que se erige por encima de todos los demás (...) lo que está en juego es la igualdad entre los menores recién nacidos, evitando la aparición de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento, y por cualquier otra condición o circunstancia personal o social (artículo 14 de la CE), según haya nacido en un tipo u otro de familia (...) El tipo de familia no puede, por tanto, determinar la diferencia de trato, de modo que el nacido en una familia monoparental disfrutará del cuidado, atención y protección familiar (que establece el artículo 68 del Código Civil) por un tiempo muy inferior, 16 semanas, que tendría si hubiera nacido en una familia biparental, 26 semanas (...) La situación resulta especialmente lacerante por la ausencia de justificación alguna. No es que se trate de una justificación que no pueda considerarse objetiva ni razonable, es que no aparece ninguna justificación. Téngase en cuenta que la necesidad de cuidados de los menores es la misma en todos los casos, por lo que el trato debe ser igual (...) No puede haber, en resumen, ninguna diferenciación entre iguales que resulte inexplicable. Desde el punto de vista de la lógica jurídica, para que resulte constitucionalmente legítima la diferencia de trato, ésta no puede basarse en razones arbitrarias, engañosas, o de orden práctico» (FD 6).

A continuación, la sentencia hace una extensa referencia a lo que denomina como los contornos de la aplicación e interpretación del artículo 49 del TRLEBEP y que viene a ser una defensa de la interpretación sistemática de la norma: «nuestra función en la interpretación de las normas, que es de lo que se trata,



no es un cometido sencillo, y más ante la imprecisa redacción del artículo 49 tantas veces modificado, porque el ordenamiento jurídico no es una mera suma de normas o textos normativos, legales y reglamentarios, que precisen de una aplicación mimética al caso concreto. Es una estructura organizada que constituye un verdadero sistema, en el que además del conjunto de normas están los principios constitucionales o no y los criterios hermenéuticos mediante los que se materializa la interpretación normativa, a través de la vinculación y ensamblaje que proporciona la necesaria coherencia y racionalidad a esa estructura, según el correspondiente sistema de fuentes del Derecho. El ordenamiento jurídico funciona necesariamente como un sistema total, atendida su función de regular la integridad del conjunto social del que surge». Ese carácter implica que «debe aplicarse el sistema de fuentes, en este caso la Constitución y la Ley, además de la incidencia de las citadas normas de la UE y normas internacionales, y también los principios generales del derecho, con un especial esmero que evite la lesión de derechos fundamentales. Teniendo en cuenta también que, a los efectos de interpretar el artículo 49 del TRLEBEP, los criterios hermenéuticos que fija el artículo 3 del Código Civil, nos sitúan en el contexto, en referencia al supuesto de hecho al que se anuda la consecuencia jurídica que se establece. Y en la realidad social actual en el momento de su aplicación, en la que se constata, por lo que ahora interesa, la aparición de un nuevo tipo de familia que no se puede desconocer. Siempre atendiendo al espíritu y finalidad de la norma, que representa, junto a los otros intereses igualmente legítimos (singularmente la protección a la mujer en el «embarazo, parto y puerperio» según señaló la STC 111/2018, de 17, de octubre) y los demás citados, el interés superior del menor y la prohibición de discriminación entre menores recién nacidos» (FD 7).

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo hace también mención de un pronunciamiento previo del Supremo, en concreto, una sentencia de la Sala Cuarta de 2 de marzo de 2023 (sentencia 169/2023, recurso núm. 3972/2020). Ahí la Sala de lo Social del Tribunal Supremo —aplicando un marco jurídico diferente, pero de similar contenido— se pronunció en un sentido distinto al que expone la Sala Tercera ahora (allí se dice que el reconocimiento al único progenitor de una familia monoparental de la prestación mencionada no resulta una exigencia que derive ni de la Constitución, ni de ninguna norma de la Unión Europea, ni de ningún acuerdo o tratado internacional ratificado por España y que una intervención judicial afirmando lo contrario se aleja mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y tribunales, cuya función es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho). Al

respecto manifiesta ahora la Sala Tercera: «el tiempo transcurrido desde la indicada Sentencia, en conjunción con la evolución de la realidad social (artículo 3.1 del Código Civil) respecto de los tipos de familia, así como la profusión y disparidad de los pronunciamientos en nuestro orden jurisdiccional contencioso-administrativo, explican la diferencia y el sentido estimatorio de nuestra sentencia, por las razones expresadas en los fundamentos precedentes» (FD 8). Permítase-nos señalar al respecto que, en el momento en que escribimos estas líneas, hemos conocido, sin que aún haya sido hecha pública, una sentencia del Tribunal Constitucional que protege a las familias monoparentales: se declara inconstitucional la normativa que hasta la fecha discriminaba en el acceso al permiso por nacimiento de familias con un solo progenitor y generaba pronunciamientos judiciales diversos (cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, por considerar que diversos artículos del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley General de la Seguridad Social generaban un trato discriminatorio para el hijo o la hija de una familia monomarental, ya que el tiempo total de cuidados se veía reducido drásticamente respecto de las familias biparentales).

La respuesta a la cuestión de interés casacional por el Tribunal Supremo, en definitiva, es que «en el caso de las familias monoparentales, el permiso previsto en el artículo 49 del TRLEBEP, ha de ser interpretado, para evitar la discriminación de los menores recién nacidos y teniendo en cuenta el interés superior de los mismos reconocido constitucionalmente, en el sentido de adicionarse al permiso previsto en el apartado a) (16 semanas), el previsto en el apartado b) (10 semanas al excluirse las 6 primeras semanas). Si bien, insistimos, en este caso se solicitó, y se concedió por el Juzgado, únicamente la adición de 8 semanas» (FD 9). Queda estimado, pues, el recurso de casación y reconocida la petición de la funcionaria.

III. Deberes e incompatibilidades: ejercicio de actividades privadas y cobro de complementos

En el presente caso, el protagonista, miembro de la Guardia Civil, solicitó la compatibilidad para simultanear su trabajo ordinario con el ejercicio de la abogacía y de la docencia. Sin embargo, su petición fue



rechazada en vía administrativa, por resolución del Subsecretario del ministerio de Interior, en base a que la cuantía del complemento específico que estaba cobrando superaba el 30% de sus retribuciones básicas, excluidos los conceptos por antigüedad (esto es, su petición quedaba vetada explícitamente por el mandato expreso del artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, que establece que «podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad»).

Disconforme con la resolución administrativa, el empleado público acudió a la vía contencioso-administrativa. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia entiende que, a efectos del citado art. 16.4 de la Ley 53/1984, ha de tomarse en consideración la cuantía total de su complemento específico; por ello concluye que la denegación de la compatibilidad solicitada fue ajustada a Derecho. Siendo una cuestión secundaria para el tema principal de este apartado —el cual lo abordaremos a partir del párrafo siguiente—, señalaremos también que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia declaraba el derecho del recurrente a obtener la compatibilidad solicitada en caso de que se instara y concediera la reducción del componente singular de su complemento específico en la medida necesaria (para que la cuantía total de este último resultara inferior al 30% de sus retribuciones básicas, excluidos los conceptos por antigüedad).

Posteriormente esta sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es recurrida ante el Tribunal Supremo en casación. Pues bien, el Tribunal Supremo tiene ocasión de pronunciarse en la *sentencia de diez de junio de 2024* (1022/2024, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 1789/2022).

El quid de la cuestión reside en la interpretación que se haga del art. 16.4 de la Ley 53/1984. Señala el recurrente en casación que en su caso solo el componente singular del complemento específico está cuantificado en función de las características del concreto puesto de trabajo desempeñado; y, por el contrario, el componente general del complemento específico no guarda relación con cada puesto de trabajo, sino que viene determinado por el empleo o categoría del funcionario dentro de una jerarquía (es uniforme dentro de cada nivel de la jerarquía de la Guardia Civil). Esto es, «si el criterio legal para delimitar el ámbito de la compatibilidad es la cuantía del complemento es-

pecífico y si lo definitorio del complemento específico es retribuir las características del concreto puesto de trabajo, habrá de tenerse en cuenta solo aquel componente del complemento específico efectivamente cuantificado en razón de cada puesto de trabajo; y no, como dicen el acto administrativo recurrido y la sentencia impugnada, también aquel componente del complemento específico que nada tiene que ver con cada puesto de trabajo, sino que es uniforme para cada empleo o categoría» (FD 3).

Por su parte, el abogado del Estado, en su escrito de oposición al recurso de casación, sostiene que el art. 16.4 de la Ley 53/1984 se refiere a los complementos específicos, o conceptos equiparables, sin hacer ulteriores distinciones, por lo que a ello ha de estarse.

El Tribunal, más allá del sentido literal de la norma —obtenido de la letra del texto legal, en la línea de lo sostenido por la administración—, realiza otra lectura del art. 16.4 de la Ley 53/1984. Por una parte, lleva a cabo una interpretación teleológica de la norma —atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de esta—, y, por otro, una interpretación sistemática —examinando el contexto normativo— que le llevan a estimar el recurso contencioso-administrativo, anular el acto administrativo recurrido y declarar el derecho del recurrente a la compatibilidad solicitada.

Así, se señala en la sentencia del Tribunal Supremo que «es claro que en una perspectiva teleológica que la finalidad o razón de ser de la norma recogida en el art. 16.4 de la Ley 53/1984 es excluir de la compatibilidad al personal funcionario que ocupa puestos de trabajo que —por su dificultad, penosidad o peligrosidad— llevan ya aparejada una remuneración particularmente elevada, situada por el legislador en más del 30% de las retribuciones básicas. Y siempre en este orden de ideas, hay que entender que se trata de puestos de trabajo cuyo adecuado desempeño aconseja una dedicación exclusiva. Siendo esto así, la conclusión ha de ser que solo aquel componente del complemento retributivo que en realidad guarda relación con las características de cada puesto de trabajo puede razonablemente ser tenido en cuenta a la hora de calcular si se supera el 30% de las retribuciones básicas y, por tanto, si cabe la compatibilidad con una actividad privada. La solución opuesta pecaría de vacío formalismo y, sobre todo, podría resultar aleatoria: superar o no el citado techo del 30% dependería de qué conceptos retributivos —cualquiera que sea la finalidad de los mismos— se encuadran dentro del complemento específico. Dicho de otro modo, la rígida interpretación llevada a cabo por el acto administrativo recurrido y la sentencia impugnada solo sería convincente si estuviera rigurosamente prohibido que el complemento específico comprenda nada ajeno a las características de cada puesto de trabajo» (FD 5).



En cuanto a la interpretación sistemática, «la Ley 53/1984 sobre incompatibilidades, donde se adopta la cuantía del complemento específico como vara de medir a la hora de conceder o denegar la compatibilidad, es contemporánea de la Ley 30/1984 sobre reforma de la función pública, donde se define —entre otras cosas— cuál es la finalidad del complemento específico. Ello quiere decir que ambos textos legales fueron elaborados por el mismo legislador, en un mismo contexto de reforma administrativa. De aquí la conveniencia de leer el art. 16.4 de la Ley 53/1984, sobre el que gira todo este litigio, a la luz del art. 23.3.b) de la Ley 30/1984» (FD 5). Por tanto, la interpretación sistemática señalada nos lleva en la misma dirección de avalar al recurrente en casación (recordemos que en esa ley el complemento específico se definía como aquel destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad).

IV. Deberes e incompatibilidades: personas trabajadoras fijas discontinuas y segunda actividad durante los periodos de inactividad

En este cuarto apartado jurisprudencial, tratamos, como en el anterior, una cuestión relacionada con las incompatibilidades —de nuevo nos aparecerá la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas—, pero desde un punto de vista completamente diferente. Los protagonistas de este apartado son las personas temporales fijas discontinuas y el problema que se plantea es si estas personas pueden desarrollar una segunda actividad en el sector público durante los periodos de inactividad laboral, periodos que son precisamente intrínsecos a su caracterización como figura peculiar dentro del panorama de las personas empleadas públicas, en tanto personal indefinido pero cuya actividad es intermitente en el tiempo.

En septiembre de 2019, nuestro protagonista presentó solicitud para compatibilizar, exclusivamente en los periodos de inactividad laboral que caracterizan al contrato de los trabajadores fijos discontinuos, el puesto de bombero forestal autonómico con un

puesto de peón de brigada de gestión y repoblación forestal en un Concello gallego.

Y dos meses más tarde, fue efectivamente nombrado peón de brigada de gestión y repoblación forestal como personal laboral; este segundo puesto de trabajo pertenecía al subgrupo, tenía asignado complemento de destino 14 y un complemento específico de 5.386,44 euros; la actividad se iba a desarrollar entre los meses de enero y mayo de 2020.

La cuestión es que entre tanto la solicitud de compatibilidad había sido rechazada. En efecto, en octubre de 2019 el Director General de Función Pública del Gobierno de Galicia denegó la solicitud por entender que durante el período de inactividad característico del contrato de trabajo fijo discontinuo también era de aplicación el régimen de incompatibilidades previsto en el artículo 1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas; se estimaba que, en caso de acceder a la solicitud, nuestro protagonista iba a percibir dos retribuciones en el sector público, sin que le fuera de aplicación ninguno de los supuestos de excepción tasados por la ley de incompatibilidades.

El empleado público recurrió a la vía jurisdiccional y obtuvo un pronunciamiento favorable del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Pontevedra competente; la sentencia, dada en septiembre de 2020, acordaba la nulidad del acto impugnado y la condena a la Administración al abono de una cantidad por daños y perjuicios derivados de la no prestación de los servicios en el Concello. El Juzgado entendía que debía atenderse a las peculiaridades del contrato de trabajo del personal laboral como fijo discontinuo y a las vicisitudes que lo caracterizan; la autorización de compatibilidad no conllevaría vulneración de la prohibición del artículo 1.1 de la Ley 53/1984, puesto que no cabe entender que existe prestación de trabajo simultánea ni la percepción de dos retribuciones: cuando el fijo discontinuo permanece inactivo no presta servicios ni percibe retribución asociada al puesto; además, el desempeño del segundo puesto de trabajo no conlleva interferencia negativa alguna en el desempeño de las funciones como bombero forestal. Incluso, como alternativa a la autorización de compatibilidad, la sentencia de instancia argumenta en favor de la estimación del recurso sobre la base de considerar no aplicable el régimen legal de incompatibilidades a la situación de los trabajadores temporales fijos discontinuos.

Sin embargo, la Administración autonómica recurrió en apelación ante el Tribunal Superior de Galicia, quien dictó sentencia estimatoria en enero de 2022. Examina las características del vínculo laboral entre la Administración y el trabajador y, entre otras ideas,



expone: que en los períodos de inactividad del trabajador fijo discontinuo, si bien hay suspensión de la obligación de prestar el servicio y de remunerar en consecuencia, no hay una suspensión de la relación laboral; que la posibilidad de optar a la prestación de desempleo durante esos períodos no responde a una situación de suspensión de la relación laboral sino a una previsión legal expresa diferente (desocupación o inactividad productiva); y que entre las causas de suspensión del contrato de trabajo, según el artículo 45 del Estatuto de Trabajadores, no figura la inactividad entre llamamientos del trabajador fijo discontinuo. En segundo lugar, en cuanto al régimen de incompatibilidades de la Ley 53/1984, afirma que es aplicable puesto que la relación laboral subsiste y está vigente en todo momento. Finalmente, rechaza la posibilidad apuntada en la sentencia de instancia de considerar no aplicable el régimen de incompatibilidades.

Así las cosas, el bombero recurre en casación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y el auto que lo admite fija como cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia aclarar si el periodo de inactividad laboral en las relaciones laborales del personal temporal discontinuo debe considerarse como desempeño de actividad en el sector público y, como tal, sujeto en consecuencia al régimen de incompatibilidades establecido en 1984. La actividad del Tribunal Supremo se despliega mediante la *sentencia de uno de julio 2024* (1164/2024, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 2971/2022).

El Tribunal Supremo reconoce que la situación de inactividad de los trabajadores fijos discontinuos no es pacífica y que se enfrenta ahora a un nuevo aspecto o problema relacionado con la misma. La regulación de la figura en el Estatuto de los Trabajadores, señala el Tribunal Supremo, «contempla la posibilidad de que los fijos discontinuos (por igualdad, también los temporales discontinuos) puedan desempeñar una segunda actividad en los periodos de inactividad que caracteriza su relación laboral, sin excluir que pueda serlo en el sector público» (FD 5), ya que permite que, por convenio colectivo, puedan establecerse bolsas de empleo en las que se incorporen a los fijos discontinuos durante los periodos de inactividad; y, por su parte, «la Ley de Incompatibilidades de 1984, pese a su indudable vocación de generalidad, pues alcanza a «todo el personal, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo» (artículo 2.2), no puede oponerse a las previsiones básicas aplicables al empleado público con condición de personal laboral discontinuo, que sobrepasan por expresa previsión legal esa regla general de incompatibilidad y que respetan una regla esencial en materia de in-

compatibilidad ya que el ET prevé que esta compatibilidad en periodos de inactividad lo sea «sin perjuicio de las obligaciones en materia de contratación y llamamiento efectivo de cada una de las empresas en los términos previstos en este artículo»; es decir, lo hace en salvaguarda de los principios o reglas de prohibición de doble actividad y de doble remuneración, ello porque se regula la segunda actividad para periodos de inactividad, caracterizada por ausencia de actividad material y de percepción de remuneración» (FD 5). Además, se da la circunstancia de que la normativa de empleo público gallega ha introducido la posibilidad expresa de compatibilidad para los periodos de inactividad de la relación laboral discontinua, respetando lo establecido en el artículo 1.3 de la Ley 53/1984, en lo que no se oponga al estricto cumplimiento de sus deberes o al compromiso de su imparcialidad o independencia.

Por todo ello, el Tribunal Supremo establece que «el periodo de inactividad laboral en las relaciones laborales del personal laboral temporal fijo discontinuo debe considerarse compatible con el desempeño de una segunda actividad en el sector público siempre que ésta se lleve a cabo dentro del periodo de inactividad laboral de la relación discontinua y no impida o menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes inherentes a ella ni comprometa la imparcialidad o independencia de su desempeño» (FD 6). Se estima el recurso de casación y queda revocada la sentencia apelada, con confirmación de la sentencia de instancia.

V. Régimen disciplinario: derechos en materia de protección de datos personales

Cerramos esta crónica de jurisprudencia con un apartado encuadrado en la temática disciplinaria, si bien su alcance es más amplio, ya que trata de los derechos de las personas empleadas públicas, en concreto, de los derechos de privacidad.

En las siguientes líneas, por una parte, haremos un breve relato de lo acontecido hasta llegar al recurso de casación, y, por otra, dado lo extenso de la sentencia que resuelve dicho recurso, recogeremos fundamentalmente los argumentos finales del Tribunal Supremo.

En cuanto a lo acontecido, nos encontramos con una empleada pública —funcionaria con habilitación de



carácter nacional, en concreto, como interventora-tesorera— que prestaba servicios en un ayuntamiento, situado en la Comunidad Valenciana. Pues bien, en febrero de 2018 se produjo sin su autorización el acceso al ordenador con el que prestaba sus servicios. Siguiendo la indicación de la alcaldesa de que había que hacer una inspección de documentos, un informático municipal accedió a las carpetas que había en mis documentos (visible solo por cada usuario) y a otros documentos del ordenador, situados en el escritorio. Los documentos fueron copiados y entregados en un DVD, sin que existiera en esos momentos ninguna advertencia al personal sobre el contenido de la información que se podía tener en los ordenadores.

La funcionaria se enteró del acceso a su ordenador cuando se le notificó, en marzo de 2018, el acuerdo de solicitud de incoación de expediente disciplinario. Ahí se indica que previamente habían aparecido documentos en el escáner y la impresora de los que se podría desprender que la reclamante realiza actividades personales o profesionales dentro de la jornada de trabajo que nada tienen que ver con sus funciones de tesorera y que incluso podrían resultar incompatibles, por lo que se había ordenado al departamento de informática que accediera al ordenador personal de trabajo para aclarar esos hechos, lo que a la postre se tradujo en que se copiaran varias carpetas de documentos personales sobre actividades privadas.

Por los hechos citados, la Agencia Española de Protección de Datos sancionó al ayuntamiento. Concretamente la resolución de este organismo estableció que el ayuntamiento había infringido el artículo 6.1 de la LOPD (actividad tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la LOPD; con apoyo en la denominada sentencia Barbulescu II, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, derivada de un conflicto laboral en el seno de una empresa privada) y el artículo 9 de la LOPD, en relación con los artículos 92, 97.1 y 2 y 101 del Reglamento (actividad tipificada como grave en el artículo 44.3.,h) de la LOPD).

Seguidamente, la resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos fue impugnada por la corporación local ante la Audiencia Nacional, si bien no obtuvo un pronunciamiento satisfactorio, al quedar desestimado su recurso contencioso-administrativo.

Así, llegamos al recurso de casación ante el Tribunal Supremo. De esta forma, el ayuntamiento interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional, siendo admitido a trámite por auto que estableció como cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia la de determinar «si, en aplicación del artículo 6.1 de la Ley Orgánica de Protección

de Datos 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (actual artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales) se vulnera la normativa de protección de datos por el hecho de que el sujeto infractor sea una Administración Pública o, por el contrario, se puede considerar fundado el tratamiento de datos personales en cumplimiento de obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos, y si resulta razonable la proyección de la doctrina contenida en la STEDH Barbulescu 2, de 5 de septiembre de 2017, al ámbito del empleo público y las garantías del procedimiento sancionador en el régimen disciplinario de los empleados públicos» (FD 1).

Pasamos, por tanto, a las razones que expone el Tribunal Supremo para desestimar el recurso de casación, razones sustancialmente coincidentes con las expuestas por la Abogacía del Estado en su escrito de oposición y en cuya exposición incluye el Tribunal Supremo abundantes citas de la sentencia de la Audiencia Nacional.

En primer lugar, se nos dice, carecen de consistencia las razones que esgrime el ayuntamiento cuando sostiene que la sentencia recurrida no toma en consideración las excepciones a la exigencia del consentimiento del titular de los datos de carácter personal que se enuncian en el artículo 6.2 LOPD, ya que «no basta con alegar que nos encontramos en presencia de alguno de los supuestos de excepción que contempla la norma, sino que quien lo alega debe justificar su efectiva concurrencia. Pues bien, el Ayuntamiento recurrente no ha acertado a explicar, tampoco ahora en casación, cuál de las excepciones a la exigencia del consentimiento sería aquí de aplicación y por qué razón» (FD 4).

En segundo lugar, sobre la aplicabilidad de la doctrina Barbulescu al caso que nos ocupa, —esto es, en una administración pública—, «tiene razón la Abogacía del Estado cuando señala que no cabe hacer de ella la interpretación restrictiva que propugna la parte recurrente porque la STEDH examina la cuestión desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales y ese derecho fundamental también corresponde a los funcionarios, aunque pueda presentar matices propios (...) el hecho de que el sujeto infractor sea una Administración Pública no lleva, en lo que aquí atañe, a la desaparición del derecho fundamental del artículo 18 CE o del artículo 8 de la Carta Europea de Derechos Humanos» (FD 4).

En tercer lugar, sobre la alegación basada en la naturaleza de los bienes (ordenador y escáner del Ayuntamiento) y su sometimiento al régimen derivado del artículo 132 de la Constitución y a la legislación de pa-



trrimonio de las Administraciones pública, que excluiría cualquier margen de tolerancia para su uso privado o personal, «tal alegación no puede ser acogida pues una cosa es el régimen de uso de los bienes públicos derivado de las normas que regulan el patrimonio de las Administraciones Públicas y otra distinta es que, so pretexto de controlar o fiscalizar el uso del material informático, el Ayuntamiento pueda incurrir en vulneración de los derechos de sus empleados y su expectativa razonable de privacidad» (FD 4).

A mayor abundamiento, «el hecho de que la relación estatutaria sitúe al funcionario en una posición de sujeción especial, delimitada y regida por su específica regulación, no excluye ni impide que se dicten instrucciones dirigidas a los empleados públicos en las que se concrete en qué consiste el uso adecuado de los medios informáticos, así como el alcance del control que puede efectuarse sobre ellos (...) deben cumplirse los requisitos o principios enunciados por la jurisprudencia en orden a informar de manera suficiente sobre el uso de los medios informáticos y el alcance del control o monitorización (...) en el caso de autos no se informó a los empleados de la utilización de los equipos informáticos, con la advertencia de la existencia de medidas de control o supervisión del ordenador sobre las comunicaciones de los empleados, que es uno de los factores tomados en consideración por la sentencia Barbulescu 2 (...) se puede arbitrar este tipo de accesos cuando se haya informado previamente del uso de los datos para dichos fines y en supuestos en que resulten proporcionales dichos accesos. Sin embargo, en el caso de autos no existía información previa sobre dicho uso o fines» (FD 4).

Por último, acerca de la proporcionalidad del acceso al ordenador alegada por el Ayuntamiento recurrente y el que no podía discriminar a priori las categorías de documentos que puedan existir en el dispositivo en el momento de llevar a cabo una primera búsqueda

de información, tal y como señalaba la sentencia recurrida, «tampoco existió proporcionalidad de la medida adoptada, pues se accede a todas las carpetas y archivos sin discriminar su contenido, de una forma especialmente invasiva, de tal forma que se han visto afectados documentos privados de la reclamante, documentos de salud, etc. que se han recogido de forma innecesaria y sin relación con lo que se buscaba» (FD 4).

Por tanto, en respuesta a las cuestiones de interés casacional señaladas en el auto de admisión del recurso de casación, el Tribunal Supremo establece lo siguiente: «1) Resulta razonable la proyección de la doctrina contenida en la STEDH Barbulescu 2, de 5 de septiembre de 2017, al ámbito del empleo público, sin perjuicio de que deban ser tomadas en consideración las especificidades del régimen estatutario. 2) Cuando se impute a una Administración Pública la infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (actual artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales), por haber realizado el tratamiento de datos de carácter personal sin el consentimiento del interesado, para apreciar que no ha existido infracción no basta con que la Administración actuante invoque alguno de los supuestos de excepción a la exigencia de consentimiento que contempla el artículo 6.1 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, sino que debe justificar la efectiva concurrencia del supuesto de excepción alegado» (FD 5). Entre la consideración del estatus jurídico del funcionariado como un estado de libertad restringida, según fue alguna vez definido, y el de un acercamiento a la situación de cualquier otra persona trabajadora y ciudadana, se impone en el caso estudiado esta última línea, por los motivos citados.