

JURISPRUDENTZIA JURISPRUDENCIA

César Gallastegi Aranzabal

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

Recibido: 28/10/2019

Aceptado: 07/11/2019

© 2020 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. Gestión del empleo público: potestad de autoorganización, autonomía universitaria y medidas de discriminación positiva en atención al sexo en la configuración de la plantilla.—II. Clases de empleados públicos: policías locales, interinidad y armas.—III. Clases de empleados públicos: cese de personal funcionario interino nombrado por sustitución.—IV. Sistemas selectivos: personal funcionario interino y oposición.—V. Derechos económicos: cómputo de los servicios prestados en un consorcio a efectos de reconocimiento de trienios.—VI. Deberes e incompatibilidades: ejercicio de actividades privadas y cobro de complementos.

I. Gestión del empleo público: potestad de autoorganización, autonomía universitaria y medidas de discriminación positiva en atención al sexo en la configuración de la plantilla

En la primera sentencia que presentamos en nuestra crónica, el Tribunal Supremo respalda la consideración por las Universidades de una variable de género para determinar la distribución de plazas de promoción a cátedra. Se trata de la *sentencia de dieciséis de octubre de 2019* (1383/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 2013/2018).

Como detallaremos a continuación, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la Universidad Autónoma de Madrid contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el cual, a su vez, actuó en un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 12 de abril de 2017, dictada por un Juez de lo Contencioso-administrativo de Madrid.

En el juzgado se corrigió a instancia de algunos particulares (si bien incurriendo la sentencia en errores que serían señalados por los órganos judiciales que posteriormente intervinieron) una convocatoria de proceso de promoción interna. Dicha convocatoria tenía como destinatarios profesores y profesoras titulares de universidad y estaba dirigida a cubrir plazas de catedrático o catedrática mediante promoción interna. La cuestión es que el acuerdo de la universidad incluía —como uno de los criterios para determinar donde se crearían las nuevas plazas de catedrático—

la infrarrepresentación de profesoras en los departamentos o áreas considerados.

Posteriormente la sentencia en apelación, derivada del recurso interpuesto por la Universidad y dictada en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entiende que el acuerdo universitario —en la parte que hemos destacado, la que introduce la variable de género para elegir los departamentos universitarios donde se crearían las nuevas plazas de cátedra— no es proporcional y no está objetivamente justificado, vulnerándose los principios de mérito y capacidad. La Universidad Autónoma de Madrid recurre en casación y el Tribunal Supremo finalmente valida el acuerdo universitario.

Como señala la sentencia del Supremo, «estamos, únicamente, en esa primera fase que trata de determinar cómo se estructura la plantilla, qué plazas en concreto han de crearse, y, sobre todo, dónde. Y para ello se establece una puntuación, cuya relevancia sirve para determinar en qué áreas de conocimiento se adscribirán las cátedras de nueva creación, fijando, como uno de los elementos a valorar, la infrarrepresentación de catedráticas en departamentos universitarios» (FD 4).

En cuanto a la autonomía universitaria y potestad de autoorganización: «La configuración de las plantillas introduciendo, entre los criterios de experiencia investigadora, experiencia docente y antigüedad en la acreditación, un criterio nuevo relativo a la estructura de la plantilla que se encontraría mediatizada o condicionada por la asignación de puntos en función de la infrarrepresentación o no de las catedráticas, no excede el ámbito de la autonomía universitaria, ni se encuentra excluido de la acción de las universidades al fijar su plantilla, ni, en fin, resulta infundado cuando se refiere a colectivos tradicionalmente en situación de desventaja» (FD 6).

Y prosigue la sentencia: «Tampoco resulta lesivo del mérito y capacidad (artículo 103.3 de la CE) de unos futuros solicitantes de alguna de las plazas, pues ahora ni siquiera se conocen quienes serán. Ahora tan sólo se está determinando la plantilla, las plazas que se crea-

rán, pero se ignora quienes serán los que decidirán presentarse al concurso cuando se convoque. Pero lo que sí se sabe es lo esencial, que, en esa fase posterior, cuando se convoque cada cátedra, todos concurrirán en condiciones de igualdad. Nadie llevará una mochila con puntos adicionales» (FD 6). Por ello completa: «No estamos ahora, por tanto, ante las habituales medidas de discriminación positiva, que ante méritos equivalentes se confiere preferencia a la mujer, como colectivo tradicionalmente preterido. Ni tampoco se trata de atribuir puntos, insistimos, a la candidata del sexo infrarrepresentado, frente a un competidor del sexo opuesto. En el caso examinado no hay ninguna cátedra convocada, ni hay ningún concurso que deba cubrirse. Simplemente se trata de determinar los departamentos o áreas de conocimiento dónde se crearán, donde se ubicarán, esas 22 plazas existentes, y para determinar ese lugar de creación, entre los cuatro criterios fijados, puede incluirse el de “estructura de plantilla”, que atiende a la existencia de mayor o menor número de catedráticas en cada área o departamento. De manera que la única ventaja que introduce esa variable de género es que en aquellos departamentos o áreas de conocimiento donde no haya ninguna catedrática, o tenga un número reducido de éstas, hay más posibilidades de que se cree allí una cátedra, a la que posteriormente concurrirán en igualdad de condiciones los profesores y las profesoras» (FD 6).

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ordena remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de su carrera profesional (art. 5.1), por lo que «el trato diferenciado en el momento de la creación de las plazas, cuando se ignoran los solicitantes, es un intento de corregir desigualdades de partida, es decir, eliminar situaciones discriminatorias de origen, intentando alcanzar resultados que propicien la igualdad, y mitiguen o atenúen la discriminación tradicional de las mujeres, concretamente en el ámbito universitario. Estamos, en definitiva, ante una medida que tiene una justificación objetiva y razonable» (FD 7). De igual forma: «Tampoco puede entenderse vulnerado el principio de proporcionalidad, porque la medida cuestionada resulta, además de amparada por el ordenamiento jurídico en los términos expuestos, no excesiva, para alcanzar una finalidad legítima, como es fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito universitario» (FD 8).

En resumen, considera correcto la sentencia que «el sistema que se pone en práctica, mediante el acto impugnado en la instancia, se sitúe dentro de la órbita de las facultades propias del derecho fundamental a la auto-

mía universitaria, que medie una justificación razonable y una finalidad legítima, y, en fin, que no supone infracción o lesión alguna de otros derechos fundamentales, en concreto de la igualdad, el mérito y la capacidad, que aparecerán concernidos con todo su vigor en la posterior fase de convocatoria de cada cátedra» (FD 8).

Por todo ello, en su respuesta al interés casacional, la sentencia del Supremo señala que: «el criterio previsto en la convocatoria impugnada, aprobada por la Universidad Autónoma de Madrid, que toma en consideración el criterio, entre los otros previstos como la experiencia docente, experiencia investigadora y antigüedad en la acreditación, el denominado de “estructura de su plantilla” según las áreas de conocimiento y departamentos, para determinar los departamentos o áreas donde deben crearse nuevas plazas, se encuentra dentro del ámbito propio de la autonomía universitaria». Y prosigue: «Además dicho criterio, que atiende a la mayor o menor presencia de catedráticas en dichos departamentos, mediante la comparación del número de catedráticas y de catedráticos en los mismos, asignando una puntuación en función de dicha proporción, no supone una discriminación proscrita por el ordenamiento jurídico. Al contrario, responde, al amparo del artículo 27.10 de la CE, al mandato del artículo 14, en relación con el 9.2, de la CE y del artículo 51.a) de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres» (FD 9).

II. Clases de empleados públicos: policías locales, interinidad y armas

En la crónica de jurisprudencia del número anterior de esta revista nos ocupamos del desarrollo de la actividad de policía local, con funciones que implican autoridad, en régimen de interinidad: sentencia del Tribunal Supremo de catorce de junio de 2019 (recurso número 922/2017) versus sentencia del Tribunal Constitucional 106/2019, de diecinueve de septiembre de 2019 (cuestión de inconstitucionalidad número 1461-2019). La primera establecía que la interpretación literal de la legislación local española conducía a la tajante prohibición de tal práctica. La segunda declaró que tal prohibición no existía.

Pues bien, nuevamente nos acercamos a la actividad de policía local en régimen de interinidad, con ocasión de una reciente controversia surgida en Asturias

y centrada en la posibilidad de que los funcionarios interinos del cuerpo de policía local portasen armas. La cuestión surgió a raíz de que la Guardia Civil se opusiese al uso de pistolas por agentes locales interinos; ello desembocó en un recurso de reposición interpuesto por el Ayuntamiento afectado y dirigido contra la actuación de la Comandancia de la Guardia Civil en Gijón. El recurso fue rechazado, por lo que el uso de armas de fuego por el personal interino de la policía local quedó vedado. Con posterioridad, en marzo de 2019, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias respaldó la posición de la Guardia Civil (con base en una interpretación restrictiva del art. 92.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, que excluía al personal funcionario interino de las funciones de autoridad). A continuación, el Ayuntamiento llevó al Tribunal Supremo su discrepancia y la cuestión quedó fijada en si los policías locales interinos, ya nombrados, podían portar armas de fuego, cuestión resuelta por la *sentencia de dos de marzo de dos mil veinte* (294/2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso núm. 3247/2019).

La sentencia estima conveniente hacer una referencia al estado de dicha controversia en la jurisprudencia del Tribunal y la doctrina del Tribunal Constitucional: «ninguna duda había respecto a que existía ya una reserva legal respecto a los puestos de policía local que debían ser cubiertos por funcionarios, por lo que la inclusión en el 2013 en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local del término “de carrera” da a entender una mayor restricción al concepto (...) En todo caso, es un hecho que, tras la citada sentencia del Tribunal Constitucional, que declara que la selección y nombramiento de funcionarios interinos para el desempeño de las funciones de policía local no es contraria a dicha legislación, la Administración está habilitada al efecto cumpliendo los requisitos exigidos con carácter general para la selección y nombramiento de funcionarios interinos» (FD 2). En fin, una interpretación sistemática del art. 92.3 LBRL junto con el resto del ordenamiento, conduce a la legalidad del nombramiento de funcionarios interinos para la policía local, como ya señalábamos en nuestra crónica pasada.

Y continúa el Tribunal Supremo: «Hechas estas referencias y entrando a resolver la cuestión planteada, consistente en determinar si los policías locales interinos, ya nombrados, pueden portar armas de fuego, ha de estarse a la consideración estatutaria de los mismos (...) desde el punto de vista estatutario el funcionario interino, en este caso policía local interino, realiza las mismas funciones que los que sean de carrera y con las mismas facultades, en este caso en relación con el uso de armas de fuego, sin que se desprenda de dicha normativa especialidad o limitación al respecto. Tampoco resultan limitaciones en tal sentido de la normativa so-

bre acceso al uso de armas de fuego, así el Real Decreto 740/1983, de 30 de marzo, por el que se regula la licencia de armas correspondiente a los miembros de la Policía de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, cuando en el art. 1 dispone que a dicho personal le será considerada como licencia de armas de tipo E, de acuerdo con lo dispuesto en el presente Real Decreto, su tarjeta de identidad o carné profesional, establece como único requisito que esté en activo o en situación que se estime reglamentariamente como tal, y el mismo requisito se establece en el art. 114.1 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, servicio activo o disponible» (FD 3). Por lo que «ha de concluirse, respondiendo a la cuestión planteada en el auto de admisión, que los policías locales interinos, ya nombrados, pueden portar armas de fuego» (FD 3).

III. Clases de empleados públicos: cese de personal funcionario interino nombrado por sustitución

Como es conocido, el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público señala que los funcionarios interinos son nombrados para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera cuando existen razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, y concreta, entre las circunstancias posibles, la sustitución transitoria de los titulares. Sobre el cese establece el mismo artículo que se producirá —además de por las causas previstas en el artículo 63 relativo a las que provocan la pérdida de la condición de funcionario de carrera— cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento.

Pues bien, en el presente apartado trataremos sobre la siguiente cuestión: ¿debe cesar el funcionario interino en el trabajo que venía realizando si su plaza es ocupada por un funcionario de carrera que no es el titular de dicha plaza? Esto es lo que le ocurrió a una funcionaria interina cuando fue asignado su puesto de trabajo, del que no era titular, a un funcionario de carrera que reingresó al servicio activo: la interina fue cesada. El puesto al que accedió la interina estaba reservado a un funcionario de carrera en situación administrativa de servicios especiales y en su nombramiento se indicaba su carácter temporal y que sería revocado, en todo caso, cuando el órgano que lo ha-

bía acordado lo considerase necesario, cuando fuese ocupado por funcionario de carrera o por el funcionario sustituido.

Acontecido el cese, la interina lo impugnó judicialmente. La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no acogió la pretensión de la demandante, haciendo hincapié en las características de la situación de interinidad (provisionalidad y temporalidad) y afirmando que si los funcionarios interinos son nombrados por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia para ejercer funciones propias de funcionarios de carrera en aquellos casos en que no es posible cubrir las plazas por tales funcionarios, resulta lógico que si cesa la situación de necesidad y urgencia que determinó el nombramiento —por existir ahora un funcionario de carrera que pueda desempeñar plaza, con independencia de que dicho funcionario de carrera sea o no el titular de dicha plaza—, el funcionario interino haya de cesar en el trabajo que venía realizando.

La sentencia dictada en grado de apelación por el Tribunal Superior de Justicia revoca esa decisión atendiendo a las condiciones del nombramiento de la funcionaria interina y señala que «en el presente caso, el antecedente fáctico del nombramiento de la funcionaria interina, solo puede ser objeto de cese cuando se produzca una causa legalmente reconocida para ello, a efectos de impedir la arbitrariedad administrativa y alcanzar el máximo respeto que merece el funcionario interino» y continúa «en el presente caso, la reincorporación de otro funcionario de carrera no produce el efecto jurídico de extinguir el nombramiento de la funcionaria interina, pues éste nombramiento depende única y exclusivamente de que se reincorpore el funcionario a quien sustituyó y cuyo nombre consta en el título de nombramiento. Entender lo contrario supondría el reconocimiento de una potestad absoluta y excesiva en la Administración Pública en la intervención del régimen funcional, pues debe estar a lo que ella misma ha dispuesto como condicionamiento y efectividad del cese de la funcionaria interina. Por lo tanto, dicho nombramiento depende de una condición suspensiva y cierta, cual es, que el funcionario sustituido —del que no se sabía en el momento del nombramiento cuándo se reincorporaría a su puesto de trabajo, si bien era seguro que lo haría en un futuro próximo— pondría fin con su reincorporación al desempeño de las funciones profesionales de la funcionaria interina. Otra cosa es que, en virtud de lo especificado en el título de nombramiento, se hubiese cesado a la funcionaria interina cuando la Administración Pública lo creyese necesario, o bien, por amortización del puesto de trabajo, lo que le hubiese obligado a fundamentar y justificar con una motivación completa, amplia y detallada las causas que justificasen esa decisión, para no caer en la arbitrariedad,

prohibida en todo caso por el artículo 9.3 de la Constitución. Como ello no ha ocurrido, es por lo que sólo y exclusivamente, en virtud del contenido del título de nombramiento se podrá poner fin a la relación funcional de la funcionaria interina» (FD 2).

Elevado el caso a casación, precisa aclararse si el cese del funcionario interino nombrado por sustitución puede producirse con motivo de la ocupación de la plaza por un funcionario de carrera distinto al sustituido, cuestión resuelta por la *sentencia de veinte de enero de 2020* (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, número de recurso: 2677/2017). El Tribunal Supremo señala que del examen de la legislación vigente «se desprende que el cese de un funcionario interino debe vincularse a alguna de las circunstancias expresamente contempladas en la norma de aplicación y, particularmente, el cese funcionario interino nombrado por sustitución de un funcionario de carrera con reserva de plaza o puesto solo debe producirse con ocasión de la ocupación efectiva de la plaza o puesto por el funcionario de carrera sustituido o por otro funcionario de carrera para el caso de que el titular inicial pierda el derecho a la reserva del puesto de trabajo y se realice una convocatoria al efecto» (FD 5).

Recuerda la sentencia que: «Esta conclusión se ajusta plenamente a lo ya dicho por esta misma Sala Tercera y sección cuarta en sentencia dictada el 21 de noviembre de 2017 (recurso de casación número 2996/2016) en el último párrafo de su Fundamento de Derecho Cuarto: “la doctrina del Tribunal Constitucional es inequívoca al proclamar, en su sentencia 20/2001, de 29 de enero de 2001 (FJ 6) que “[...] el nombramiento como funcionario interino confiere al nombrado unos derechos de los que no puede ser privado sino por las causas legalmente establecidas y no por causas no previstas al efecto (...) La resolución del vínculo no supone, en modo alguno, una absoluta y libérrima facultad de cese, sino que, antes al contrario, tal facultad es sólo parcialmente discrecional, ya que aquélla sólo puede dictar dicha resolución mediando las causas que reglan su posible actuación en este terreno, debiendo, asimismo, comunicar la revocación indicando los motivos de ella. Resulta claro, pues, que los motivos que justifiquen el acto administrativo de cese deberán resultar subsumibles en alguna de las causas de cese normativamente previstas; derecho éste que emana del propio acto de nombramiento. Es evidente, por ello, que habrá de producirse el referido cese de sobrevenir cualquiera de tales causas, pero tal eventualidad no ha de entenderse en términos absolutos; tal posibilidad no resultará amparada cuando la misma sea ejercida con motivación torpe —como la que pudiera derivar de una posible desviación de poder—, o se hubiera realizado con abierta vulneración de derechos fundamentales”» (FD 5).

No cabe, por tanto, que se cese a un funcionario interino nombrado por sustitución con motivo de la ocupación de la plaza por un funcionario de carrera distinto al sustituido: «en el caso concreto resuelto en la sentencia recurrida en casación la funcionaria interina fue nombrada para cubrir transitoriamente una plaza o puesto de trabajo que estaba ocupada definitivamente por un funcionario de carrera que se encontraba en situación administrativa de servicios especiales y con reserva de plaza o puesto, y para atender las necesidades urgentes de la administración. Por ello su cese no pudo acordarse con motivo de ser designado para la plaza o puesto a una funcionaria de carrera procedente de un reingreso al servicio activo pues no se acreditó que el funcionario de carrera con derecho a la reserva la hubiese perdido por alguna circunstancia. En todo caso, el reingreso al servicio activo requiere la existencia de plaza o puesto vacante y dotada presupuestariamente, circunstancia que no concurría» (FD 6).

En suma: «el cese de un funcionario interino debe vincularse a alguna de las circunstancias expresamente contempladas en la norma de aplicación y, particularmente, el cese funcionario interino nombrado por sustitución de un funcionario de carrera con reserva de plaza o puesto solo debe producirse con ocasión de la ocupación efectiva de la plaza o puesto por el funcionario de carrera sustituido o por otro funcionario de carrera para el caso de que el titular inicial pierda el derecho a la reserva del puesto de trabajo y se realice una convocatoria al efecto o existe un mecanismo legal de adjudicación» (FD 7).

IV. Sistemas selectivos: personal funcionario interino y oposición

Nuevamente nos vamos a referir al personal funcionario interino. Concretamente a la posibilidad de que este tipo de personal empleado público, a la vista de la situación legal vigente, se convierta en personal funcionario de carrera sin aprobar un proceso selectivo que contenga una oposición. En otras palabras, que el personal interino —y personal laboral indefinido no fijo— solo se someta a un concurso de méritos específico y se prescinda de la oposición para su conversión en personas funcionarias de carrera.

Tal cuestión se plantea ante la Audiencia Nacional, la cual resuelve por *sentencia de cuatro de noviembre*

de 2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, número de recurso: 380/2017). El recurso contencioso-administrativo se interpuso contra el Acuerdo para la Mejora del Empleo Público suscrito el 29 de marzo del 2017 por el Ministro de Hacienda y Función Pública y varios sindicatos codemandados. El acuerdo, en concreto, trata sobre la oferta de empleo público y varias medidas dirigidas a la reducción del empleo temporal.

La parte recurrente —una asociación de personal interino y laborales— formalizó demanda en la que, atendiendo a aspectos formales, solicitaba que se declarara la nulidad del acuerdo citado por no haber sido publicado y ser ineficaz, por no tener el Ministro de Hacienda y Función Pública facultades para obligarse en nombre del Gobierno ni haber sido sometido a previo informe de la Intervención General de la Administración del Estado. En cuanto a los motivos de fondo, se alegaba la discriminación del personal interino que ha prestado durante un largo periodo de tiempo servicios para la Administración, a quien se le impone la superación de un proceso selectivo para su conversión en personal funcionario de carrera; por ello se solicita que para el personal interino de larga duración se prevea un concurso específico de méritos, sin oposición, y que las plazas del personal indefinido no fijo no sean incluidas en las primeras ofertas públicas de empleo.

La Audiencia Nacional responde que no tiene ninguna base jurídica la pretensión de que al personal interino de larga duración se le exima de someterse a unas pruebas objetivas de evaluación de sus conocimientos: «La preferencia por el sistema selectivo de oposición y el rechazo a las oposiciones restringidas, salvo supuestos excepcionales, y la prohibición de integración automática de determinados grupos en la función pública, es una constante en la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo. Según la STC n.º 111/2014, de 26 de junio del 2014, citada por la Abogada del Estado, “la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados (...) Pero no puede llegar a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros ni tener una dimensión cuantitativa que rebase el límite de lo tolerable...”. Y el artículo 61.6 del EBEP señala que “los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso oposición (...) solo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos”» (FD 3). Y respecto al personal indefinido no fijo: «Tam-

poco tiene ningún apoyo legal la pretensión de que el personal laboral indefinido, no fijo, al que por sentencia se le haya reconocido esta cualidad, se le garantice un tiempo de permanencia en sus puestos, mediante el mecanismo de no incluirlos en las primeras ofertas públicas de empleo. Este personal se le reconoce únicamente el derecho a permanecer en su puesto de trabajo mientras no sea cubierto por alguno de los sistemas de provisión de puestos de trabajo, pero no se le garantiza un tiempo determinado de permanencia» (FD 3). Esta sentencia es acorde con los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea conocidos recientemente y que hemos recogido en otro apartado de esta crónica.

V. Derechos económicos: cómputo de los servicios prestados en un consorcio a efectos de reconocimiento de trienios

En este apartado recogemos un pronunciamiento del Tribunal Supremo, en concreto, la *sentencia de diez de febrero de dos mil veinte* (168/2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 3110/2018) que se ocupa de la pertinencia de computar los servicios prestados en un consorcio a efectos de su ulterior reconocimiento económico en forma de trienios.

En efecto, un juzgado sevillano de lo contencioso-administrativo estimó una solicitud por la que se reclamaba el reconocimiento de los servicios prestados al Servicio Andaluz de Salud y al denominado Consorcio Sanitario Público del Aljarafe en varios periodos temporales. El consorcio citado está conformado por el Servicio Andaluz de Salud y la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios, y gestiona el Hospital San Juan de Dios del Aljarafe, ubicado en Bormujos (Sevilla), siendo la Orden la propietaria del mismo. Según se informa en la página web de la Junta de Andalucía, el Consorcio Sanitario Público del Aljarafe es una entidad de derecho público integrada por el Servicio Andaluz de Salud y la provincia Bética Nuestra Señora de la Paz de la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios, y constituida mediante Convenio de uno de diciembre de 2003; además, se señala que el consorcio está adscrito funcionalmente a la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía y forma parte del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Recurrida la sentencia en apelación por la administración sanitaria autonómica, el Tribunal Superior de Justicia andaluz apreciaba que la entidad donde había desarrollado el particular su labor profesional no se trataba de un hospital privado, sino de una entidad del sector público que presta directamente el servicio público de asistencia sanitaria en Andalucía y que encaja en el concepto de Administración Instrumental Pública a que se refiere el artículo 2 de la Ley 30/1992 —actual artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público— y en el apartado segundo del artículo 2 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, todo ello, sin perjuicio de que en ciertos aspectos se rija por el Derecho Privado.

Planteado por el Servicio Andaluz de Salud recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, se aduce que el Hospital del Aljarafe ni es un centro sanitario público, ni es una entidad del sector público, ni está integrado en el Sistema Sanitario Público de Andalucía; para ello, apunta que el hospital es un ente de gestión del consorcio (artículo 63.3 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía) y niega que la constitución del consorcio lleve aparejada vinculación o dependencia alguna con la Administración. Acude también a los Estatutos del Consorcio, donde se señala, por un aparte, que la entidad eclesiástica Hospital San Juan de Dios del Aljarafe está dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, y tiene a su cargo la gestión integral del Hospital, que gestiona con plena autonomía en todos los órdenes, y, por otro lado, que la relación contractual de los y las profesionales y personal directivo que preste sus servicios en el Hospital se entenderán efectuadas entre estos y la Entidad Eclesiástica Hospital San Juan de Dios, que además asumirá la gestión y administración operativa del personal.

El Tribunal Supremo, en su resolución, se atiene a la proyección exterior del consorcio: «la propia administración autonómica, por razón de su naturaleza consorcial, califica el centro como una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y órganos rectores propios en los que ostenta el 50% de representación» (FD 6). Y continúa señalando que las características del ente hacen que la Cámara de Cuentas de Andalucía proceda a su fiscalización y que transfiera al Hospital el importe total de su financiación, conforme a lo previsto en el Contrato-Programa correspondiente. Recuerda además el Supremo sobre el Consorcio: «Su constitución en 2003, con gran peculiaridad en el sistema sanitario andaluz, como instrumento de cooperación calificado como entidad de

derecho público conduce a que la interpretación efectuada por la Sala de instancia se ratifique por este Tribunal. La creación del consorcio Sanitario Público del Aljarafe-San Juan de Dios, es anterior al clarificador art. 84 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, Sector Público estatal, que en su punto 1. D) incluye como sector público institucional estatal a los consorcios» (FD 6). Como colofón, advierte el alto tribunal: «Incumbe a la administración prestar atención a las figuras peculiares que crea a fin de atender a consecuencias no buscadas de origen» (FD 6).

Como conclusión, la respuesta a la pregunta sometida a interés casacional es que los servicios prestados en un consorcio calificado por la administración como entidad de derecho público deben considerarse como prestados en un ente público instrumental y pueden ser reconocidos como trienios. El recurso planteado por el Servicio Andaluz de Salud, por tanto, queda desestimado.

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

Cerramos esta crónica de jurisprudencia con un caso donde nos aparecen nuevamente los derechos económicos, en concreto, las retribuciones complementarias, en esta ocasión combinadas con el régimen de incompatibilidades y la concesión de compatibilidad.

Una persona empleada pública solicitó la compatibilidad para el desempeño de actividades privadas, la cual le fue denegada por una resolución y reiterado el rechazo tras la interposición de un recurso de reposición. El solicitante pertenecía al personal técnico de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) y ésta en sus pronunciamientos entendía que su empleado percibía el complemento de puesto de trabajo previsto en el artículo 36 del convenio colectivo de aplicación al personal de la Agencia IDEA —complemento destinado a retribuir, entre otros factores, la incompatibilidad del puesto de trabajo—, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, no podía autorizarse la compatibilidad.

Judicializada la cuestión, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo correspondiente había estimado la demanda de la persona empleada pública contra la resolución del recurso de reposición. Pero en apelación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó el recurso de la Junta de Andalucía. Posteriormente se prepara recurso de casación, que es admitido por el Supremo, quien fija la cuestión y añade en la sentencia a las normas a interpretar (artículo 16 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y artículo 24 b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público —en su redacción posterior: artículo 24 b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público—) el estudio de otras relevantes, incluso normativa proyectada no en vigor (que incluye cambios conceptuales), que muestran la evolución en la regulación de los complementos.

En casación, el recurrente sostiene que no procede equiparar el complemento establecido en el Convenio Colectivo de la Agencia IDEA, con el complemento de puesto específico del personal funcionario, el cual retribuye la exclusividad, lo que sí hace la sentencia impugnada. Por el contrario, la Junta de Andalucía señala que el complemento citado retribuye, entre otros factores, expresamente, el de incompatibilidad.

El Tribunal Supremo, en la *sentencia de cinco de diciembre de dos mil diecinueve* (1684/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 2454/2017), repasa en su pronunciamiento tanto la regulación de las incompatibilidades y los complementos específicos, como la concepción restrictiva del Tribunal Constitucional sobre la cuestión en el marco del sector público (se recuerda, al efecto, su condición de empleado público, sometido a una relación de sujeción especial, con una normativa específica que también incide sobre la compatibilidad de actividades fuera de la jornada laboral, al hilo de la invocación que hace el recurrente de la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en la STC 192/2003, de 27 de octubre).

La respuesta a la cuestión casacional es clara. Por una parte: «A la vista de lo establecido en la Ley 53/1984, la percepción por parte de los empleados públicos de complementos específicos, o concepto equiparable, que incluyan expresamente entre los componentes que remuneran, el factor de incompatibilidad impide, en todo caso y con independencia de la cuantía de aquellas retribuciones complementarias, reconocerles la compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas»; y por otra parte: «Puede otorgarse el derecho a la compatibilidad cuando la cuantía de las retri-

buciones complementarias no supere el 30 por 100 de las retribuciones básicas, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad y de superarse debe estarse a lo establecido en el Real Decreto Ley 20/2012 de 13 de julio y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2011 en el ámbito de la Administración General del Estado y lo que puedan establecer leyes de función pública autonómica» (FD 11).

En el caso concreto que origina la controversia judicial, como señala el alto tribunal, lo que ocurre es que no existen elementos para concluir que el complemento «puesto de trabajo» percibido por el recurrente lo sea por «incompatibilidad» (no consta así, ni

en las nóminas que ha acompañado el recurrente, ni lo indica el certificado de la Agencia emitido petición del interesado, en que figura la percepción del controvertido complemento, más otro de dedicación). Al no constar que la retribución lo fuera expresamente por incompatibilidad y ser incuestionable que la retribución por puesto de trabajo no supera el umbral del 30% de las retribuciones básicas procede, por consiguiente, anular la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y el acto impugnado en el recurso contencioso administrativo, amén de exigir a la administración que autorice la compatibilidad solicitada para el ejercicio por el solicitante de actividades privadas fuera de la jornada laboral y en el tiempo libre.