



Roj: **STS 1262/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1262**

Id Cendoj: **28079130042020100098**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **28/05/2020**

Nº de Recurso: **5298/2017**

Nº de Resolución: **575/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 2770/2017,**
ATS 5742/2018,
STS 1262/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 575/2020

Fecha de sentencia: 28/05/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **5298/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de : 14/04/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a María del **Pilar Teso** Gamella

Procedencia: T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: dpp

Nota:

R. CASACION núm.: **5298/2017**

Ponente: Excm. Sra. D.^a María del **Pilar Teso** Gamella

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 575/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva



D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. María del **Pilar Teso** Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 28 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. **5298/2017**, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Cristina de Prado Sarabia, en nombre y representación de doña Sofía, contra la Sentencia de 23 de junio de 2017, de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, dictada en el recurso de apelación núm. 224/2017. Este recurso de apelación se interpuso contra la Sentencia de 27 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso -administrativo núm. 2 de León.

Se han personado como parte recurrida el Procurador de los Tribunales D, Pablo Oterino Menéndez en nombre y representación del Ayuntamiento de Puente Domingo Flórez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María del **Pilar Teso** Gamella.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N^o 2 de León ha dictado Sentencia el día 27 de febrero de 2017 en el Procedimiento Abreviado núm. 9/2017 interpuesto contra el Acuerdo de 16 de septiembre de 2016 del pleno del Ayuntamiento de Puente de Domingo Flórez por el que en su punto Segundo se desestimaba el recurso de reposición interpuesto por la Sra. Sofía frente al acuerdo de 8 de agosto de 2011 ratificando la incompatibilidad entre el cargo de concejal del citado Ayuntamiento y la condición de personal laboral temporal del mismo en la persona de la Sra. Sofía.

Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede en Valladolid se ha seguido el recurso de apelación núm. 224/2017, interpuesto por la parte apelante Ayuntamiento de Puente Domingo Flórez contra la sentencia de fecha 27 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de León sobre función pública.

SEGUNDO.- En el citado recurso contencioso administrativo, se dicta Sentencia el día 23 de junio de 2017, cuyo fallo es el siguiente:

"Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Cristina de Prado Sarabia, en la representación que tiene acreditada en autos, y estimamos el interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña María Lourdes Crespo Toral, en la representación que le fue conferida, contra la sentencia dictada, el día veintisiete de febrero de dos mil diecisiete, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de León en esta causa, y debemos revocar la misma; que desestimamos la demanda origen de este litigio al no apreciarse que el Acuerdo de 16 de septiembre de 2016 del pleno del Ayuntamiento de Puente de Domingo Flórez por el que en su punto Segundo se desestimaba el recurso de reposición interpuesto por la Sra. Sofía frente al acuerdo de 8 de agosto de 2011 ratificando la incompatibilidad entre el cargo de concejal del citado Ayuntamiento y la condición de personal laboral temporal del mismo en la persona de la Sra. Sofía sea contrario a derecho. No se hace expresa imposición de las costas en ninguna de las dos instancias a ninguno de los litigantes, por lo que cada uno de ellos, abonará las originadas por el mismo y las comunes lo serán por mitad."

TERCERO.- Contra la mentada sentencia, la representación procesal de Dña. Sofía preparó recurso de casación, ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos, y el expediente administrativo, a este Tribunal, ante el que la parte recurrente interpuso el citado recurso de casación.

CUARTO.- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de fecha 28 de mayo de 2018, se acordó admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de doña Sofía contra la sentencia dictada el 23 de junio de 2017, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, en el recurso de apelación núm. 224/2017.

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 19 de julio de 2018, la parte recurrente, doña Sofía, solicita que se dicte sentencia por la que estimando nuestro recurso, case y deje sin efecto la señalada Sentencia de 23 de junio de 2017, de conformidad con lo señalado por esta parte, con imposición de costas a la parte recurrida.

SEXTO.- Conferido trámite de oposición, mediante providencia de fecha 12 de septiembre de 2018, la parte recurrida presenta escrito el día 16 de octubre de 2018, solicitando que se dicte sentencia por la que se acuerde



la desestimación y confirmando en todos sus extremos la Sentencia de instancia e imponiendo a la recurrente las costas del presente proceso.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de fecha 13 de febrero de 2020, se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 14 de abril de 2020. Teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda, sobre suspensión de plazos procesales, del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, la deliberación y fallo del recurso ha tenido lugar el día 19 de mayo de 2020.

Entregada la sentencia por la magistrada ponente el día 20 de mayo de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *La sentencia recurrida*

El presente recurso de casación se interpone contra la Sentencia de 23 de junio de 2017, dictada en apelación por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid.

La indicada Sala de nuestro orden jurisdiccional, en la citada sentencia, y en lo que ahora importa, estimó el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento ahora recurrido, contra la Sentencia de 27 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso -administrativo núm. 2 de León que, a su vez, había estimado el recurso contencioso administrativo interpuesto por doña Sofía , ahora recurrente, contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento recurrido, de fecha 16 de septiembre de 2016, que ratificaba la incompatibilidad entre el cargo de concejal del citado Ayuntamiento y desempeñar una plaza como personal laboral temporal del Ayuntamiento, como ya había declarado el Pleno del citado Ayuntamiento mediante Acuerdo de 8 de agosto de 2016.

En concreto, la sentencia dictada en apelación considera conforme a Derecho el acuerdo municipal que ratifica la incompatibilidad entre el cargo de concejal y el desempeño del trabajo como personal laboral temporal. Razonando que <<cierto es que las causas de incompatibilidad deben ser aplicadas en nuestro sistema jurídico con criterios restrictivos, en cuanto afectan a uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos, el de formar parte de los órganos políticos de nuestra administración. Pero que ello sea así, y lo es, no significa que pueda eludirse el cumplimiento de la norma, cuando la misma es clara y terminante y, en el caso de autos, no cabe compatibilizar la condición de concejal con la de prestar servicios como empleado público a la misma administración. La norma es clara al efecto, como lo es, igualmente, la regulación de la norma de la comunidad autónoma, que hace no subvencionable las contrataciones realizadas en casos como el de autos, sin que quepa diferenciar las diferentes situaciones como se sostiene, pues si la norma no contiene diferencias, el intérprete no puede aplicar unas que el ordenamiento no contempla, según el viejo el principio "ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus" , también recogido bajo la expresión, "ubi lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit" .

IV. - La remisión que el acuerdo adoptado hace a la normativa aplicable al caso, debe entenderse como suficiente para sostener jurídicamente hablando el acuerdo adoptado, sin que sea preciso extenderse en mayores consideraciones al respecto para entender el sentido de la norma y sin que las decisiones de otros Órganos Judiciales vinculen a esta Sala, que solo lo está a la Ley - artículo 117 de la Ley de Leyes -, ni tampoco a los criterios, siempre respetables, de un órgano administrativo como la Junta Electoral Central, cuyas decisiones no pueden ser aplicadas en lugar de quien controla las decisiones de la propia administración, pues es esta quien se subordina al control de la jurisdicción y no al contrario, con arreglo al artículo 106.1 de nuestra Ley Fundamental >>.

SEGUNDO.- *La identificación del interés casacional*

El interés casacional del presente recurso de casación ha quedado delimitado, a tenor de lo dispuesto mediante Auto de esta Sala Tercera (Sección Primera), de 28 de mayo de 2018, que admitió esta casación, a la siguiente cuestión:

<<(…) determinar el alcance de la incompatibilidad prevista en el artículo 178.2.b) de la LOREG entre la condición de concejal de una Entidad Local con el desempeño de un puesto de trabajo de carácter temporal al servicio del Ayuntamiento>>.

Identificando, en el citado auto de admisión, que la norma jurídica que, en principio, haya de ser objeto de interpretación es la contenida en el artículo 178.2.b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, el Régimen Electoral General (LOREG)

TERCERO.- *Las alegaciones de las partes*



La parte recurrente aduce que la sentencia dictada por la Sala de instancia, y ahora impugnada, no ha tenido en cuenta << las particularidades del supuesto concreto, entrando en rotunda contradicción con la jurisprudencia del TS, la doctrina del TC y del criterio seguido por los juzgados de primera instancia de lo contencioso administrativo, los cuales resuelven aplicando la interpretación establecida por la Sala Tercera del STS en su sentencia de 26 de abril de 2002 (rec. 447/1997), hoy firmes, y todas ellas interpretativas del artículo 178.2 de la LOREG, y que consolidan el criterio de interpretación restrictiva de las causas de incompatibilidad establecidas por el citado artículo de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General. Esto ha sido determinante en el fallo de la sentencia aquí recurrida, ya que ha impedido la estimación del recurso interpuesto por Doña Sofía, no reconociendo la compatibilidad del puesto de concejal con el puesto de trabajo temporal >>.

Por su parte, el Ayuntamiento recurrido considera, en su escrito de oposición, que la Sala sentenciadora no hace una interpretación extensiva de las incompatibilidades, pues para determinar el concepto de " restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento", acude a la regulación legal que cita, en concreto el Estatuto de Empleado Público donde aparece el personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.

CUARTO.- El marco jurídico de aplicación

Con carácter general, según dispone el artículo 178 de la LOREG, en relación con el derecho fundamental de acceso a cargos públicos del artículo 23.2 de la CE, las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior, sobre aquellos que gozan de sufragio activo en las elecciones municipales, son también causa de incompatibilidad con la condición de concejal.

En concreto, y por lo que hace al caso, el apartado 2 del expresado precepto, relaciona los supuestos de incompatibilidad, en cuya letra b) se señala como incompatible con la condición de concejal a " los Directores de Servicios, funcionarios o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él".

Añade el mentado artículo 178, respecto del procedimiento a seguir en esos supuestos, que cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que dé origen a la referida incompatibilidad (apartado 3). Y, precisamente, cuando la causa de incompatibilidad sea la contenida en el punto b), del apartado 2, del citado artículo 178, el funcionario o empleado que optare por el cargo de Concejal pasará a la situación de servicios especiales o subsidiariamente a la prevista en sus respectivos convenios que en todo caso ha de suponer reserva de su puesto de trabajo (apartado 4).

QUINTO.- Los contornos de nuestro enjuiciamiento

Tras exponer el marco jurídico de aplicación, y su innegable vinculación con el artículo 23.2 de la CE, debemos detenernos, antes de continuar, en la interpretación que procede para la aplicación del artículo 178.2. b) de la LOREG.

La regulación de las causas de incompatibilidad, y de inelegibilidad, no permite la aplicación, sin más, de las herramientas hermenéuticas tradicionales, pues hay una que resulta preponderante cuando nos referimos a dichas incompatibilidades de los cargos y funciones públicas, que se traduce en una interdicción de interpretaciones extensivas de dichas causas. De manera que ha de hacerse, en todo caso, una interpretación restrictiva de las mismas, sin que pueda extenderse, en su interpretación y aplicación, a supuestos que no están expresamente previstos por el supuesto de hecho que contiene la norma, a la que se anuda la correspondiente incompatibilidad. En este caso, entre el cargo de concejal y el de funcionario o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él.

La solución contraria a la expuesta, interpretando extensivamente dichas causas de incompatibilidad o de ilegibilidad, previstas en la LOREG, nos conduciría a la lesión del indicado artículo 23.2 de la CE, que consagra el derecho de acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, pues se compromete y contraviene este derecho fundamental cuando los supuestos de incompatibilidad se extienden o se proyectan a supuestos no comprendidos expresamente por la norma. En este sentido se viene pronunciando, con una reiteración que nos excusa de cita, tanto el Tribunal Constitucional como este Tribunal Supremo.

Parece necesario recordar, aunque sin extendernos al respecto, que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y por ello vincula a jueces y tribunales quienes no sólo *interpretarán las leyes* según los preceptos y principios constitucionales, sino también " conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos" (artículo 5.1 de la CE). Y, en fin, que nuestra jurisprudencia " complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley (...)" (artículo 1.6 del Código Civil).

SEXTO.- La interpretación del artículo 178.2.b) de la LOREG



La condición de concejal resulta incompatible, según la causa que contiene el artículo 178, apartado 2.b), de la LOREG, con la condición de " *funcionario o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él*".

El supuesto de hecho de la citada norma, a cuya concurrencia se liga la incompatibilidad controvertida, y cuyo alcance configura la cuestión de interés casacional, es la de tener la condición de "funcionario o de restante personal en activo" además de la de concejal.

La interpretación de la indicada norma del artículo 178.2.b) de la LOREG ha de hacerse conjuntamente con lo que señala en el artículo 178.4 de la misma Ley, pues entre ambas se aprecia una correspondencia inescindible. Así, el citado artículo 178.4 dispone, como antes señalamos y ahora insistimos, que dicha causa de incompatibilidad referida a " *funcionario o empleado*" deberá optar, y si lo hiciera por el cargo de concejal, pasará a la " *situación de servicios especiales o subsidiariamente a la prevista en sus respectivos convenios que en todo caso ha de suponer reserva de su puesto de trabajo*".

El vínculo entre ambas normas, artículo 178.2.b) y 178.4 pone de relieve que resulta incompatible el cargo de concejal con los siguientes empleos públicos: a) funcionario, b) personal en activo. Pues si así fuera debe, tras optar entre cualquiera de ellos con el de concejal, pasar, cuando es funcionario a la situación administrativa de servicios especiales, y si se trata de personal, se entiende laboral, debe pasar a la situación prevista en sus respectivos convenios que, en todo caso, ha de suponer reserva de su puesto de trabajo. Lo que ya pone de manifiesto, si no una inamovilidad, sí una cierta permanencia, duración y estabilidad en el desempeño del puesto.

En este caso, resulta evidente que la ahora recurrente no es funcionario público pues es personal laboral temporal, en concreto es técnico de turismo, que desempeña un puesto de trabajo que desde luego no tiene el carácter de estable, pues tiene una duración total de 180 días, y cuya retribución se abona con fondos ajenos al Ayuntamiento, mediante la subvención al amparo de ELTUR/16/LE/0040 por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, para los municipios de menos de cinco mil habitantes.

Ciertamente entre las clases de empleados públicos se encuentra, ex artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público de 2015 (TRLEBEP), el personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. Pero la temporalidad de 180 días no se corresponde con el tenor del indicado artículo 178.4, cuando se refiere a la situación en la que debe quedar ese personal según sus respectivos convenios con reserva de puesto de trabajo " *en todo caso*". Teniendo en cuenta la regulación de las situaciones administrativas contenida en el citado TRLEBEP, y prevista, para los funcionarios públicos, en el artículo 85, y para el personal laboral en el artículo 92. Además, dicha temporalidad difícilmente podría conjugarse con la exigencia de que se trate de "personal en activo", como demanda el propio artículo 178.2.b) de tanta cita.

En definitiva, cuanto llevamos expuesto impide que podamos incluir en la expresada causa de incompatibilidad a quien desempeña un puesto de trabajo como personal laboral de carácter temporal, por 180 días, no estable, financiado con fondos ajenos al municipio, salvo que hagamos una interpretación extensiva de dicho supuesto de incompatibilidad, que, como antes adelantamos en el fundamento anterior y ahora reiteramos, está proscrita en estos supuestos, según la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

Conviene insistir que en la medida en que las causas de incompatibilidad, que prevé la LOREG, constituyen excepciones a los criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas, por tal razón, de modo restringido. En este punto, además, hay que recordar que, desde luego, el régimen de incompatibilidades, con carácter general, pretende salvaguardar la objetividad e imparcialidad en el desempeño de la función pública. Sin que advirtamos ninguna colisión en este caso, a tenor de la falta de una justificación adecuada al respecto.

SÉPTIMO.- *El precedente de esta Sala Tercera*

La solución que hemos expuesto resulta acorde con lo resuelto por esta Sala Tercera en STS de 26 abril 2002 recurso de casación nº 447 /1997, cuando declaramos que << *en el presente caso, no se trata de funcionario o de personal laboral con empleo estable en el Ayuntamiento, ya que las Escuelas-Taller tienen una vocación temporal y, por ello, en ningún caso sería de aplicación la posibilidad prevista en el apartado cuarto del artículo 178 LOREG respecto a pasar a la situación de servicios especiales y, en cualquier caso, siempre con la reserva de puesto trabajo. (...) Para la determinación del alcance de la dependencia a que alude este precepto de la Ley Orgánica, ha de tenerse en cuenta que, como ha señalado el Tribunal Constitucional desde su primera doctrina, el artículo 23.2 CE consagra el derecho de acceso a los cargos públicos como un derecho de configuración legal, pero que comprende y forma parte de su contenido el de la permanencia en ellos*>> .

OCTAVO.- *Las costas procesales*



De conformidad con el dispuesto en el artículo 139.3, en relación con el artículo 93.4, de la LJCA, cada parte abonará, en casación, las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y respecto de las de costas en apelación, artículo 139.2, procede su imposición al Ayuntamiento ahora recurrido, cuya cuantía no podrá exceder por todos los conceptos de 4000 euros.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- Que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Sofía , contra la Sentencia de 23 de junio de 2017, de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, dictada en el recurso de apelación núm. 224/2017, sentencia que se casa y anula.

2.- Estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la ahora recurrente contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Puente Domingo Flórez, de fecha 16 de septiembre de 2016, que ratificaba la incompatibilidad entre el cargo de concejal del citado Ayuntamiento y desempeñar una plaza como personal laboral temporal, por 180 días, según había resuelto el Pleno del citado Ayuntamiento mediante Acuerdo de 8 de agosto de 2016. Resoluciones de se anulan, declarándose dicha compatibilidad.

3.- Respecto de las costas procesales en casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y respecto de las de costas en apelación procede su imposición al Ayuntamiento ahora recurrido en los términos señalados en el último fundamento.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo D^a. María del **Pilar Teso** Gamella

D. Antonio Fonseca-Herrero Raimundo D. Rafael Toledano Cantero

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D^a **Pilar Teso** Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.