



Roj: **ATS 7028/2017 - ECLI:ES:TS:2017:7028A**

Id Cendoj: **28079130012017201341**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/07/2017**

Nº de Recurso: **509/2017**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **SEGUNDO MENENDEZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **SAN 5102/2016,**
ATS 7028/2017,
STS 3409/2018

AUTO

En la Villa de Madrid, a 4 de julio de 2017

HECHOS

PRIMERO.- La resolución de 8 de octubre de 2015 de la Directora de la Oficina de Conflictos de Intereses del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas denegó la autorización de compatibilidad para actividades públicas solicitada por don Apolonio entre su trabajo como funcionario del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado en el Museo Nacional Reina Sofía, y la actividad de Vocal Vecino de la Junta de Distrito de Retiro de Madrid.

Y ello al entender que la solicitud no tiene cabida en ninguno de los supuestos de excepción mencionados en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, y en concreto en el supuesto de compatibilidad establecido en su artículo 5 «[...] ya que los vocales vecinos no son cargos electivos, sino que son nombrados por el alcalde a propuesta de los grupos políticos que componen la Corporación».

SEGUNDO.- Don Apolonio interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona contra la resolución expresada en el anterior antecedente, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 11 de Madrid (procedimiento de Derechos Fundamentales número 2/2015).

El citado Juzgado dictó sentencia desestimatoria el 5 de agosto de 2016, en la que tras analizar el artículo 23.2 de la Constitución (CE), los artículos 1; 3 y 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, el artículo 38.1 del Reglamento Orgánico de los Distritos de la Ciudad de Madrid de 23 de diciembre de 2004 y la sentencia del Tribunal Constitucional 192/2012, de 29 de octubre, concluye lo siguiente (FD 6º):

«[...] Pues bien, trasladando estas directrices al supuesto que es ahora objeto de examen, considera esta Juzgadora que el derecho de acceso al cargo de vocal vecino no puede entenderse incluido en el ámbito de protección del art. 23 de la CE puesto que, aunque ciertamente la figura pudiera considerarse como cargo de representación política, puesto que los vocales vecinos son nombrados por los partidos políticos, y sea de base territorial, al desarrollarse en las Juntas de Distrito, como divisiones territoriales contempladas para impulsar y desarrollar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos municipales, lo cierto es que no estamos ante un cargo electivo, al que se acceda por sufragio universal, esto es, mediante el voto en este caso de los vecinos de la Junta de Distrito, en cuyo caso podría plantearse su inclusión en el precepto constitucional invocado, sino ante una designación basada en la confianza personal, por parte de los partidos políticos en



proporción a los resultados electorales, siendo así que la configuración constitucional del art. 23 comprende en su ámbito de protección solo a los cargos electivos.

Y asimismo el art. 5 de la Ley de Incompatibilidades contempla la excepción a la regla general de la incompatibilidad del desempeño de dos actividades en el sector público solo para los cargos electivos y que sean miembros de las Corporaciones locales, características que no presenta el cargo de vocal vecino (art. 46.2 de la LBRL. 176 de la LOREG).

Por tanto, aunque no resulta clara la delimitación sobre esta figura, que ciertamente en el Reglamento Orgánico que la regula se remite en cuanto al acceso al cargo y al régimen de incompatibilidades a la figura del Concejal, lo que en principio permitiría el nombramiento del funcionario, que no es del Ayuntamiento sino del Estado, como vocal vecino, ello no es óbice para que haya de estarse a la aplicación de la normativa plasmada en la Ley 53/1984, de carácter básico, sobre incompatibilidades, a la vista de la interpretación expuesta en la sentencia referida, de la interpretación restrictiva que ha de darse a las excepciones contenidas en la Ley de Incompatibilidades y por el motivo expuesto de no ser cargos electivos, cabe concluir que el derecho invocado de ocupar el cargo de vocal vecino está excluido del ámbito de protección constitucional que se pretende.

No cabe, en definitiva, considerar vulnerado el derecho fundamental contemplado en el artículo 23 de la Constitución por la denegación de la compatibilidad para ejercer el cargo de vocal vecino, porque en cualquier caso ha de estarse a la condición de funcionario del recurrente y la normativa de incompatibilidades que le es de aplicación, que prohíbe el desempeño de un segundo cargo o actividad en el sector público y exige, para aplicar la excepción a la regla general de incompatibilidad prevista en el art. 5.1, que se trate de un cargo electivo de la Corporación Municipal, nota que no se da en el cargo de concejal vecino, que en definitiva puede ser considerado un cargo público retribuido con remuneraciones fijas y periódicas. [...]».

TERCERO.- Interpuesto por el Sr. Apolonio recurso de apelación contra la citada sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 19 de diciembre de 2016 (recurso de apelación número 55/2016), en la que desestimó el mismo.

Manifiesta reiterar los argumentos expuestos por la Juzgadora de instancia por ser plenamente ajustados a derecho y añade los siguientes (FD 4º y 5º):

«[...] Resulta, pues, de forma evidentemente clara, la exclusión que efectúa el Tribunal Constitucional del concepto de funciones públicas previsto en el artículo 23.2 de la Constitución, el caso de funciones públicas a las que se accede sin establecer una relación estatutaria, regida por el Derecho Administrativo, merced a los principios de mérito y capacidad, y únicamente vinculados a la confianza política que da lugar al nombramiento y al cese, cual ocurre con el caso del vocal-vecino, el cual, por otro lado, ha sido nombrado por el Alcalde a partir de la designación de un grupo político con representación en el Pleno, por lo que, en términos constitucionales, no representa al pueblo que le haya elegido, ya que entre el vocal-vecino y el Cuerpo Electoral no hay relación directa ni mandato representativo.

QUINTO: En suma, no resulta ser aplicable a los vocales-vecinos la excepción prevista en el art. 5.1.b) de la Ley 53/84 para los Concejales, ni se vulnera por tanto el derecho fundamental contemplado en el art. 23 de la Constitución por el hecho de denegarse la compatibilidad que nos ocupa, ya que los vocales vecinos no pueden entenderse comprendidos en dicha excepción, al no tratarse de cargos electivos, sino de cargos de confianza, puesto que son nombrados por el alcalde a propuesta de los grupos políticos que componen la Corporación.

Por tanto, como bien concluye la Juez "a quo", no cabe entender que se haya producido vulneración del derecho fundamental alegado, atendiendo a la interpretación literal de lo dispuesto en el art. 1 y 5 de la Ley de Incompatibilidades, ya que el acceso al cargo ha de entenderse condicionado a lo dispuesto en la Ley de Incompatibilidades, en la que la incompatibilidad es la regla general y la compatibilidad la excepción, y como tal, ha de ser interpretada de forma restrictiva. [...]».

CUARTO.- Don Apolonio ha preparado recurso de casación contra la sentencia que acabamos de citar en el antecedente inmediatamente anterior.

Tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como normas infringidas el artículo 5.1.b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y el artículo 23.2 de la Constitución.

Defiende, además, que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, invocando a tal fin los supuestos de las letras a) del artículo 88.3 y b); c); e) e i) del artículo 88.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).



Argumenta a tal efecto que no existe jurisprudencia sobre la consideración de cargo electivo de los vocales vecinos u otros miembros de divisiones territoriales municipales porque la aplicación del artículo 5.1.b) de la Ley 53/1984 siempre se ha realizado en relación con los concejales, pero nunca con otros miembros de las corporaciones locales.

Manifiesta a continuación que la sentencia impugnada afecta a un gran número de situaciones (cerca de 500.000 empleados públicos de ámbito estatal) y que sienta una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales porque limita el derecho de participación política de todos los empleados públicos de ámbito estatal, y por extensión de los autonómicos, en relación con su participación en los órganos de gobierno de las divisiones territoriales de los entes locales.

Añade que como expondrá en el correspondiente escrito de interposición del recurso, la resolución que se impugna interpreta y aplica aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional, pues la interpretación que se hace de la doctrina constitucional relativa al art. 23.2 CE no conduce a excluir a los vocales vecinos o a otros representantes municipales de su ámbito de protección.

Finalmente, aduce que la sentencia ha sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

QUINTO.- La Sala sentenciadora por auto de 23 de febrero de 2017 tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo.

SEXTO.- Se ha personado el Abogado del Estado en concepto de parte recurrida y el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, Magistrado de la Sección

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Cumplidas en el escrito de preparación las exigencias que impone el artículo 89.2 de la LJCA, la Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo entiende, coincidiendo en ello con la parte recurrente, que tienen interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia las siguientes cuestiones:

1) Si el cargo de Vocal Vecino de la Junta Municipal del Distrito de Retiro de Madrid está comprendido en el ámbito de protección que dispensa el derecho fundamental de acceso a las funciones y cargos públicos establecido en el artículo 23.2 de la Constitución.

2) En el caso de que ello fuera así, si el cargo de Vocal Vecino de la Junta Municipal del Distrito de Retiro de Madrid ha de considerarse como miembro de la correspondiente Corporación local a los efectos de la aplicación de la excepción contemplada en el artículo 5.1.b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Varias razones llevan a la Sala a entender que concurre en el caso el interés casacional objetivo mencionado.

En primer lugar porque no existe jurisprudencia sobre las normas aplicadas por la sentencia impugnada, en las cuestiones que acabamos de identificar, surgiendo así el supuesto del artículo 88.3.a) de la LJCA.

Y en segundo lugar porque la sentencia impugnada ha sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88.2.i) de la LJCA.

SEGUNDO.- Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de don Apolonio contra la sentencia de 19 de diciembre de 2016 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) de la Audiencia Nacional en el recurso de apelación número 55/2016, a cuyo efecto precisamos que las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las mencionadas en el razonamiento anterior e identificamos como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 5.1.b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y el artículo 23.2 de la Constitución.

TERCERO.- Conforme dispone el artículo 90.7 de la LJCA, este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. 509/2017, la Sección de Admisión de dicha Sala

**La Sección de Admisión acuerda:**

Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de don Apolonio contra la sentencia de 19 de diciembre de 2016 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) de la Audiencia Nacional en el recurso de apelación número 55/2016.

Segundo.- Precisar que las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

1) Si el cargo de Vocal Vecino de la Junta Municipal del Distrito de Retiro de Madrid está comprendido en el ámbito de protección que dispensa el derecho fundamental de acceso a las funciones y cargos públicos establecido en el artículo 23.2 de la Constitución.

2) En el caso de que ello fuera así, si el cargo de Vocal Vecino de la Junta Municipal del Distrito de Retiro de Madrid ha de considerarse como miembro de la correspondiente Corporación local a los efectos de la aplicación de la excepción contemplada en el artículo 5.1.b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación el artículo 5.1.b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y el artículo 23.2 de la Constitución.

Cuarto.- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman. D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D. Diego Cordoba Castroverde D. Jesus Cudero Blas