Roj: **STS 3584/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3584**

Id Cendoj: **28079130042020100275**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **4**
Fecha: **04/11/2020**
Nº de Recurso: **3721/2018**
Nº de Resolución: **1445/2020**
Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**
Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ NA 403/2018,**
ATS 13129/2018,
AATS 9375/2019,
STS 3584/2020

FONDO DOCUMENTAL

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.445/2020

Fecha de sentencia: 04/11/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3721/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Procedencia: T.S.J.NAVARRA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: MTP

Nota:

R. CASACION núm.: 3721/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1445/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Celsa Pico Lorenzo

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 4 de noviembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 3721/2018, interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra, representada por el procurador don Noel de Dorremochea Guiot, asistida por el letrado don Francisco Negro Roldán, contra la sentencia n.º 88, de 15 de marzo de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra y recaída en el recurso de apelación n.º 20/2018, contra la sentencia n.º 220/2017, de 17 de noviembre, recaída en los autos procedentes del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Pamplona en el procedimiento abreviado n.º 358/2016, seguido contra la resolución 806/2016, de 11 de abril, de la Directora General de la Función Pública del Gobierno de Navarra.

Se ha personado, como recurrida, doña Carlota , representada por el procurador don Ignacio Argos Linares y asistida por el letrado don Luis María Sola Igual.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ordinario n.º 20/2018, seguido en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, el 15 de marzo de 2018 se dictó la sentencia de apelación n.º 88, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS

1º.- Estimamos el presente recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Amaia Urricelqui Larrañaga, en nombre y representación de Dª. Carlota , y en su consecuencia:

a) Revocamos la Sentencia nº 220/2017 de fecha 17-11-2017 recaída en los autos procedentes del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pamplona correspondientes al recurso contencioso-administrativo Procedimiento Abreviado nº 358/2016.

b) No se hace expresa condena en costas respecto a las causadas en esta segunda instancia.

2º.- Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Amaia Urricelqui Larrañaga, en nombre y representación de Dª. Carlota , contra la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto contra la resolución 806/2016 de 11 de abril de la Directora General de la función pública de Gobierno de Navarra por la que se declara incompatible el ejercicio de la abogacía en el seno de la Organización **Sindical** AFAPNA con el puesto de trabajo de Técnico de Administración Pública (Rama Jurídica) que desempeña la demandante y en su consecuencia:

a) Anulamos y dejamos sin efecto la resolución recurrida al ser contraria al Ordenamiento Jurídico, declarando que la actividad **sindical** de la demandante llevando a cabo el asesoramiento del Sindicato y sus afiliados tanto en la fase preprocesal como después en juicio, mientras dure su situación de liberada **sindical**, es compatible con su puesto de trabajo en el SNS-Osasunbidea.

b) Desestimamos las demás peticiones contenidas en el suplico de la demanda.

c) No se efectúa expresa imposición de las costas procesales causadas en primera instancia a ninguna de las partes".

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó recurso de casación el Gobierno de Navarra, que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Navarra tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas y personados el procurador don Noel de Dorremochea Guiot, en representación de la Comunidad Foral de Navarra, como parte recurrente, y el procurador don Ignacio Argos Linares, en representación de doña Carlota , como parte recurrida, por auto de 10 de diciembre de 2018 la Sección Primera de esta Sala acordó:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

"1º) Admitir el recurso de casación núm. 3721/2018 interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra contra la sentencia de 15 de marzo de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el recurso de apelación núm. 20/2018.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar lo siguiente: si el personal al servicio de la Administración Pública **liberado sindical** que presta servicios en desarrollo de su actividad **sindical** le resulta o no de aplicación la normativa sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y más, concretamente, el artículo 16.4 de la Ley 53/1994, (de) 26 de diciembre, (de) Incompatibilidades del Personal de las Administraciones Públicas cuando desempeña labores de asesoramiento jurídico al sindicato y sus afiliados.

Los artículos que, en principio, serán objeto de interpretación serán los artículos 2.2.d) y 1.d) Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad **Sindical**, el artículo 28.1 Constitución Española y artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del Personal de las Administraciones Públicas.

3º) Se ordena publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman".

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en la Sección Tercera, remitiéndose, posteriormente, a esta Sección Cuarta, por razón de las normas de reparto por materia de la Sala, se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar la interposición del recurso.

QUINTO.- Por escrito de 1 de febrero de 2019, el procurador don Noel de Dorremochea Guiot, en representación de la Comunidad Foral de Navarra, formalizó el recurso interpuesto, alegando la infracción del artículo 1.d) de la Ley Orgánica de Libertad **Sindical** (LOLS), inexistente, "que reputamos indebidamente citado en lugar del 2.1.d) LOLS"; artículo 2.2.d) de la LOLS; artículo 28.1 de la Constitución y de la doctrina del Tribunal Constitucional invocada en las sentencias de apelación 281/2005, de 7 de noviembre, y 336/2005, de 20 de diciembre; artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del Personal de las Administraciones Públicas.

Y solicitó a la Sala:

"1º) Que con estimación del presente recurso de casación se anule la sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida.

2º) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia recurrida, el Tribunal Supremo se sitúe en la posición procesal propia del Tribunal de apelación, y entre al examen del fondo del asunto, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado el debate procesal en el recurso de apelación.

3º) Y en consecuencia desestime el recurso de apelación interpuesto por Doña Carlota contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Tres, recaída en el procedimiento abreviado nº 358/16, desestimatoria de su recurso interpuesto frente a desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de alzada interpuesto contra Resolución 806/2016, de 11 de abril, de la Directora General de la Función Pública, que declaró incompatible el ejercicio de la abogacía en el seno de la organización **sindical** AFAPNA, con el puesto de trabajo de Técnico de Administración Pública (Rama Jurídica) que desempeña, de modo que se mantenga el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, que desestima el recurso contencioso-administrativo, confirmando el ajuste a derecho de la Resolución mediatamente impugnada declaratoria de la incompatibilidad".

SEXTO.- Evacuando el traslado conferido, el procurador don Ignacio Argos Linares, en representación de la recurrida, se opuso al recurso por escrito de 28 de marzo de 2019 en el que pidió a la Sala que, previos los trámites legales oportunos,

"dicte resolución desestimando el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Navarra, y confirmando la resolución Judicial Impugnada, con imposición de las costas en instancia y de este recurso a la parte recurrente".

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

OCTAVO.- Por oficio de 16 de mayo de 2019, la Sección Tercera de esta Sala solicitó la remisión de las actuaciones del presente recurso. La Sección Cuarta así lo dispuso por providencia de 17 de mayo de 2019, y, apreciándose que se trataba de un error material producido en el auto de admisión, se devolvieron las actuaciones a la Sección de Admisión.

NOVENO.- Por diligencia de ordenación de 31 de julio de 2019, habiéndose publicado en el Boletín Oficial del Estado de 22 de junio de 2019 el acuerdo de la Sala de Gobierno de 6 de junio del mismo año, sobre composición de la Sección de Admisiones de la Sala Tercera de este Tribunal, se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

DÉCIMO.- Por auto de 11 de septiembre de 2019 la Sección Primera, acordó:

"rectificar la parte dispositiva del auto de 10 de diciembre de 2018, y donde dice "remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala Tercera", deberá decir "remítanse las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala Tercera".

UNDÉCIMO.- Recibidas, mediante providencia de 1 de julio de 2020 se señaló para votación y fallo el día 20 de octubre siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

DUODÉCIMO.- En la fecha acordada, 20 de octubre de 2020, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Los términos del litigio y las sentencias de instancia y apelación.*

La resolución 806/2016, de 11 de abril, de la Directora General de la Función Pública del Gobierno de Navarra, declaró incompatible el ejercicio de la abogacía por doña Carlota en el seno de la Asociación de Funcionarios de la Administración Pública Navarra (AFAPNA). Adoptó esa decisión después de haberse comprobado que intervenía como abogada en diversos pleitos ya que la Sra. Carlota era técnico de Administración Pública (Rama Jurídica) de la Administración Foral de Navarra, destinada en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y porque estaba sujeta como empleada pública al régimen general de incompatibilidades previsto en el artículo 10 de la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, de régimen específico del personal adscrito a dicho Servicio. El apartado 6 de ese precepto establece que los empleados públicos con un complemento específico igual o superior al 30% de las retribuciones básicas tiene prohibido el ejercicio profesional fuera del centro o unidad de destino del título exigido para acceder al puesto de trabajo. Y sucede que el complemento específico asignado al de la Sra. Carlota asciende al 41,88%.

La Sra. Carlota , liberada de la indicada organización **sindical**, recurrió en alzada dicha resolución y, considerando desestimadas sus pretensiones por silencio, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la misma.

La sentencia del Juzgado desestimó su recurso porque el título que se tuvo en cuenta para que accediera al puesto que desempeña fue el de Licenciada en Derecho, de manera que no puede ejercer esa profesión fuera del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. Explicó que, siendo la de abogado la profesión que permite su título, no puede realizar esa labor en el sindicato al que pertenece y que a ello no obsta que el asesoramiento legal y defensa en juicio tuviera lugar en el seno de AFAPNA o que fueran o no retribuidos. Además, consideró, a propósito del conflicto de intereses, que la Sra. Carlota confundía los efectos de la liberación **sindical** -- que lo es de la jornada laboral-- con la exoneración de funciones y condiciones propias del puesto. Subrayó, a este respecto que su situación como funcionaria era la de servicio activo, igual que si no estuviera liberada y trabajara a jornada completa y con plena vigencia del régimen de incompatibilidades.

Apelada la sentencia, la Sra. Carlota obtuvo un pronunciamiento parcialmente estimatorio, pero que, en lo sustancial, acogió sus pretensiones. En efecto, la Sala de Pamplona, además de revocar la sentencia de instancia, anuló la actuación administrativa impugnada y declaró que la actividad **sindical** llevada a cabo por la recurrente, consistente en el asesoramiento del sindicato y de sus afiliados en la fase preprocesal y en juicio, mientras se mantenga su situación de liberada es compatible con su puesto de trabajo en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

Tras rechazar el motivo de apelación relativo a la titulación exigida para ser Técnico de Administración Pública (Rama Jurídica), por ser una cuestión nueva, la Sala de Pamplona rechaza que el ejercicio por la Sra. Carlota , como liberada, de tareas de asesoramiento jurídico en el seno de su sindicato entrañe un conflicto de intereses con la Administración Foral. Precisa la sentencia que no se trata del ejercicio libre de la abogacía, ni en general, sino de la defensa jurídica de los intereses de los miembros de su sindicato en cuestiones laborales. Si se debatiera sobre el ejercicio libre de la abogacía para defender los intereses de cualquier cliente sería aplicable

el artículo 10.6 de la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, reguladora del régimen específico del personal adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. Pero, al no ser así, dice la sentencia de apelación que la cuestión ha de enfocarse desde la perspectiva del derecho a la libertad **sindical** y, en particular, de la que ofrece el artículo 2.2 d) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad **Sindical**, sobre la actividad **sindical** en la empresa.

Recuerda cuanto dice la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 281/2005 sobre el contenido de la libertad **sindical** y precisa que, entre las funciones del representante **sindical**, están las de asesoramiento en materia laboral y la defensa en juicio del sindicato y de sus afiliados de tal modo que la labor desempeñada por la recurrente como liberada **sindical** se integra en la función **sindical** que le compete. Y no le impide hacerlo la percepción de un complemento retributivo propio de su puesto de trabajo. Aquí se refiere a la jurisprudencia constitucional sobre la protección del **liberado sindical** y de su derecho a no ser discriminado económica o profesionalmente con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 336/2005, parte de cuyos fundamentos transcribe, para terminar así:

"En definitiva, cabe concluir que el desempeño de la actividad **sindical** como liberada **sindical** del Sindicato AFAPNA tanto en la fase de asesoramiento del Sindicato y sus afiliados previo al juicio como en juicio, incluso frente a la Administración, no constituye una actividad incompatible y no implica un conflicto de intereses en el sentido de la norma, como sí ocurriría en el caso del ejercicio privado de la abogacía. La liberación **sindical**, a diferencia de lo que considera la Juez a quo, supone la concesión de un crédito horario para cumplir una función concreta: el ejercicio de funciones **sindicales** y, dado que la liberada **sindical** es abogada, puede desempeñar el asesoramiento del Sindicato y su afiliados tanto en la fase preprocesal como después en juicio".

La estimación fue parcial porque la Sala de Pamplona no acogió la petición del suplico de la demanda de que se instara la responsabilidad patrimonial de la Administración porque no se había ofrecido ningún argumento al respecto ni esa pretensión derivaba directamente de la estimación de la demanda en el aspecto relativo a la declaración de incompatibilidad.

SEGUNDO.- *La cuestión en que el auto de admisión aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

El auto de la Sección Primera de 10 de diciembre de 2018 que admitió a trámite este recurso de casación apreció interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en responder a la siguiente pregunta:

"si al personal al servicio de la Administración Pública **liberado sindical** que presta servicios en desarrollo de su actividad **sindical** le resulta o no de aplicación la normativa sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y más, concretamente, el artículo 16.4 de la Ley 53/1994, 26 de diciembre, Incompatibilidades del Personal de las Administraciones Públicas cuando desempeña labores de asesoramiento jurídico al sindicato y sus afiliados".

E identificó como preceptos que debemos interpretar los artículos 2.2.d) y 1.d) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad **Sindical**, el artículo 28.1 de la Constitución Española y artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal de las Administraciones Públicas.

Explica el auto en sus razonamientos jurídicos que advierte interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque no la hay sobre el extremo debatido. Además, el recurso de la Comunidad Foral de Navarra suscita cuestiones de trascendencia: la de saber si las restricciones derivadas del régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas deben o no persistir en caso de adquirir la condición de **liberado sindical** y, también, la de determinar los límites del ejercicio de la libertad **sindical** por dichos liberados que gozan de la garantía de indemnidad y no discriminación en el desempeño de las actividades **sindicales**.

TERCERO.- *Las alegaciones de las partes.*

A) El escrito de interposición de la Comunidad Foral de Navarra.

Tras exponer brevemente el objeto del litigio y el contenido de la sentencia de apelación y los términos del auto de admisión, explica las infracciones normativas y jurisprudenciales en que, a su parecer, incurre la sentencia dictada por la Sala de Pamplona.

En primer lugar, dice que infringe el artículo 1 d) de la Ley Orgánica 11/1985, aplicado indebidamente por la sentencia de apelación ya que no existe y se quiere referir al artículo 2.1 d) de este texto legal. La infracción se produce --explica-- por afirmar que la actividad **sindical**, facultad integrada en la libertad **sindical**, habría sido cercenada por impedir a una contratada desempeñar competencias profesionales inherentes a la titulación que se le exigió para acceder al puesto de trabajo cuando se le ha otorgado la liberación **sindical** de jornada completa. Para el escrito de interposición, quien resulta **liberado sindical** no cambia su situación de servicio

activo con la Administración, que le sigue abonando sus retribuciones, incluido el complemento específico superior al 30% del sueldo base. Para la recurrente en casación la incompatibilidad declarada no es contraria al derecho a la actividad **sindical**.

En segundo lugar, dice el escrito de interposición que la sentencia recurrida vulnera el artículo 2.2 d) de la Ley Orgánica 11/1985. Explica que AFAPNA no ve mermado en modo alguno el contenido esencial del derecho de libertad **sindical** por el hecho de que una liberada **sindical** suya realice cuantos cometidos puedan corresponderle excepto la asistencia jurídica antes y durante el proceso jurisdiccional. Esa asistencia, indica, la prestan las organizaciones **sindicales** a través de gabinetes jurídicos. Y la Sra. Carlota no tiene por qué realizar labores de asistencia jurídica prejurisdiccionales y propiamente procesales ya que continúa con el régimen de incompatibilidad específico que le impone su contrato. No padecen, pues, las facultades de la organización **sindical** entroncadas con el ejercicio de la actividad **sindical**: negociación colectiva, huelga, planteamiento de conflictos individuales y colectivos, concurrencia a las elecciones **sindicales**. En definitiva, la continuidad en la incompatibilidad legalmente prevista asociada a la percepción de un complemento específico superior al 30% por la liberada de AFAPNA no es contraria al derecho reconocido por el citado artículo 2.2 d).

En tercer lugar, afirma el escrito de interposición que la sentencia de apelación infringe el artículo 28.1 de la Constitución y la doctrina expresada en la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 336/2005. Sostiene que estos preceptos no pueden fundamentar el fallo y dice que la sentencia de apelación, "sin hilazón lógica alguna" considera funciones del representante **sindical** las propias del asesoramiento en materia laboral a los miembros del sindicato y que su defensa en juicio supone la proyección en el proceso de la actividad **sindical** de asesoramiento ejercida en la fase preprocesal. Ahora bien, la recurrente en casación llama la atención sobre la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 336/2005, pues se refiere al derecho de información **sindical** que aquí no está en juego.

Luego, afirma que AFAPNA, como los demás sindicatos, puede desarrollar su actividad **sindical** tanto en actos preprocesales como en el propio proceso judicial sin que la resolución recurrida lo impida pues se limita a mantener la situación de servicio activo de la liberada **sindical**, conforme a los derechos y obligaciones propios de su estatuto de empleada pública. En cambio, la sentencia de apelación no aclara qué fuente legal, convencional o derivada de concesión unilateral del empleador sustenta que deba permitirse a un empleado público sometido a un concreto régimen legal de incompatibilidades desconocerlo y prestar asistencia jurídica en procedimientos jurisdiccionales. Y sucede que la Administración navarra no ha adoptado acto alguno que manifieste su voluntad cercenadora de la efectividad de la acción **sindical** de AFAPNA si es que se quisiera encontrar el fundamento del fallo en que el empresario impida o entorpezca el derecho a la libertad **sindical**. Tampoco, insiste, ha habido merma alguna en la acción **sindical** que AFAPNA ejercía antes de la liberación **sindical** de la Sra. Carlota y, una vez liberada, añade, nada impide que aporte el caudal o acervo de sus conocimientos jurídicos, sin necesidad de actuar en procesos jurisdiccionales, lo que tiene vedado por Ley.

Pone de relieve el escrito de interposición las diferencias sustantivas existentes entre el caso presente y los contemplados por la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 336/2005 y las de Tribunales Superiores de Justicia citadas por la de apelación e insiste en que ningún sacrificio se ha impuesto a la liberada **sindical**, que goza de la jornada completa para dedicarla a labores **sindicales** sin merma de sus retribuciones. De ahí que mantenga que la continuidad en la incompatibilidad no resulta contraria al derecho a la actividad **sindical**.

En cuarto lugar, la Comunidad Foral de Navarra mantiene que la sentencia de apelación infringe el artículo 16.4 de la Ley 53/1984. Explica de nuevo que la situación de la Sra. Carlota es la de activo, igual que si no tuviera la liberación **sindical** y trabajara a jornada completa y que cobra el complemento específico del puesto. Observa, también, que si no estuviera liberada, le afectaría la incompatibilidad para el ejercicio de las funciones para las que le habilita su título de Licenciada en Derecho y que, al firmar el contrato administrativo, aceptó el régimen de incompatibilidades. Precisa, seguidamente, que ninguna de las situaciones administrativas previstas en el artículo 85 del Estatuto Básico del Empleado Público y en el artículo 22 del texto refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, aprobado por el Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, aplicable al Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea, conviene al **liberado sindical**. Éste acumula créditos horarios que le permiten no prestar efectivamente servicios y percibir el complemento específico que le impide desarrollar las tareas propias de su titulación fuera de la Administración a la que sirve.

Esa misma incompatibilidad, explica, es la regulada en el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, precepto declarado básico por el Tribunal Supremo con sustento en la doctrina del Tribunal Constitucional, del que recuerda sus sentencias n.º 172/1996 y n.º 87/2009. Y --resalta-- no se ha exceptuado la vigencia de dicho artículo a los liberados **sindicales**. Observa que instaura dos causas de denegación de la compatibilidad: una de naturaleza subjetiva a la que responde su remisión a los artículos 1.3, 11, 12 y 13; y otra de naturaleza objetiva, la de su apartado 4, el cual, advierte, no puede ser contemplado sin tener en cuenta que existe una incompatibilidad general en todos los casos en que el ejercicio de otra actividad ajena a la desempeñada en el sector público sea

susceptible de impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes o comprometer la imparcialidad o independencia del empleado público.

Pues bien, para la recurrente en casación, la compatibilidad declarada por la sentencia de apelación coloca a la Sra. Carlota en situación de conflicto con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea pues, de un lado, ha de cumplir con objetividad su tarea de informar las reclamaciones que se dirijan contra éste y, del otro, asesorará al sindicato y a sus afiliados en materias que chocan con el criterio de la Administración que ella misma en sede burocrática --u otro técnico de su misma categoría-- ha ayudado a formalizar y proponer ante el órgano resolutorio. Y conocer los criterios, protocolos y procedimientos administrativos le da a la liberada ventaja a la hora de asistir al sindicato y a sus afiliados, lo cual compromete su imparcialidad e independencia.

Reconoce el escrito de interposición que, mientras se halle liberada, ese compromiso no se encuentra activo, pero sostiene que esa circunstancia carece de fuerza impeditiva si se tiene presente que el régimen general de incompatibilidades impide al empleado público desarrollar actividades externas relacionadas directamente con las de la Administración en que se halle destinado, así como con los asuntos en que esté interviniendo o haya intervenido en los dos últimos años.

Subraya, en fin, que el artículo 16.4 de la Ley 53/1984 contiene una regla excepcional y que, por tanto, ha de recibir una interpretación estricta y recuerda que, según el artículo 24 b) del Estatuto Básico del Empleado Público, las retribuciones complementarias responden, entre otros factores, a la incompatibilidad exigible en el desempeño de los puestos de trabajo o a las condiciones en que se desarrolla, momento en que apunta que el artículo 10.1 de la Ley Foral 11/1992 dispone que el complemento específico de los puestos de trabajo del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea responderá a la naturaleza de las funciones correspondientes y a la especial disponibilidad que se les exija y vuelve a decirnos que la asignación de un complemento específico igual o superior al 30% del sueldo base determina la incompatibilidad prevista por dicho artículo 16.4.

B) El escrito de oposición de doña Carlota .

Reprocha, en primer lugar, al recurso de casación estar planteado como una tercera instancia y no con la finalidad de buscar el interés casacional. Asimismo, entiende que el escrito de interposición contradice el auto de admisión que, de forma clara, precisa los preceptos que han de ser objeto de interpretación y anuncia que en la búsqueda del interés casacional va centrar su oposición.

Afirma entonces que no es de aplicación la normativa sobre incompatibilidades y, más concretamente, el artículo 16.4 de la Ley 53/1984 al personal al servicio de las Administraciones Públicas cuando desempeña labores de asesoramiento jurídico al sindicato y a sus afiliados. Resalta, seguidamente, que está liberada de su jornada laboral y que su actuación en juicio se circunscribe en exclusiva a la defensa de los intereses de los afiliados y a su asesoramiento y que no ejerce privadamente la abogacía. Para ese ejercicio privado, dice, sí necesitaría la autorización de la compatibilidad pero no para asesorar, como liberada **sindical**, al sindicato y para defender a sus afiliados.

Tras precisar que, a falta de desarrollo por la Comunidad Foral de Navarra, las últimas reformas de la Ley 53/1984 por el Estatuto Básico del Empleado Público, no son de aplicación y que tampoco incide en este caso la modificación operada por la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, apunta que el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, permitió que los funcionarios de la Administración General del Estado de los subgrupos A1 y A2 solicitaran la reducción de su complemento específico para adecuarlo al porcentaje al que se refiere el artículo 16.4, posibilidad luego ampliada por acuerdo del Consejo de Ministros del 16 de diciembre de 2011 a los de los subgrupos C1, C2 y E7. Esta iniciativa, observa, descabala los mismos principios esenciales del régimen de incompatibilidades, ha tenido un efecto contagio en las Administraciones autonómicas y locales y, tras diversas consideraciones sobre la misma, la Sra. Carlota concluye que no realiza una actividad privada que tenga una compensación económica y que, como liberada **sindical**, asesora al sindicato y defiende los intereses de sus afiliados en los procesos judiciales sin contraprestación alguna ni del sindicato ni de los afiliados. No le es aplicable, en definitiva, la normativa sobre incompatibilidades pues no realiza una actividad privada.

Se refiere, a continuación, a los artículos 28.1 y 7 de la Constitución y su interpretación en el presente proceso. Afirma que los derechos que de ellos resultan tienen un doble destinatario: el trabajador/funcionario, de una parte, y el sindicato como sujeto colectivo, de la otra. Y que las facultades y acciones a desarrollar por los sindicatos al amparo del derecho a la libertad **sindical** no componen una relación nominal y cerrada sino que forman un elenco amplio, siempre que guarden relación con el artículo 7 de la Constitución. Alude entonces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que distingue entre un núcleo del derecho de libertad **sindical** y su contenido adicional. En este último, recuerda que su sentencia n.º 281/2005 sitúa facultades distintas de las comprendidas en el artículo 28.1 de la Constitución provenientes de la Ley, de los convenios

o de decisiones unilaterales del empresario y, también, aquellos nuevos derechos **sindicales**, ventajas y posibilidades complementarias que vienen a ser precondiciones para el ejercicio efectivo e instrumentos de acción positiva para el favorecimiento de los derechos que integran el contenido esencial.

Por eso, mantiene que, dentro de esa vertiente funcional puede tener encaje la defensa de los intereses de los afiliados, además de a través del asesoramiento, asumiendo su defensa última ante la jurisdicción competente con medios propios, como los liberados institucionales. Esta actividad, precisa, no se incardina en el núcleo duro o esencial del derecho fundamental a la libertad **sindical** pero sí tiene cabida en su contenido adicional. Se trata, explica, del anverso y el reverso de la misma moneda pues el asesoramiento jurídico prestado por el sindicato al trabajador culminaría cuando fuera preciso en un procedimiento judicial cuyo fin único es salvaguardar los derechos e intereses de los empleados públicos. A esa tarea, destaca, es a la que se debe única y exclusivamente el **liberado sindical** pues para ejercerla se le dio esa condición al amparo del artículo 28.1 de la Constitución. Por eso, no puede haber conflicto de intereses. Su actuación se justifica exclusivamente por la defensa de los intereses de los trabajadores y no de los de la Administración. Y no se trata de una segunda actividad, aclara, en paralelo a la de funcionaria, sino de la única para la que fue liberada.

Destaca que el artículo 1 d) de la Ley Orgánica 11/1985 comprende el derecho a la actividad **sindical** y su artículo 2.2 d) reconoce a las organizaciones **sindicales** el derecho a ejercer la actividad **sindical** en la empresa o fuera de ella con los contenidos que detalla. Alude, después, a la jurisprudencia sobre el contenido adicional del derecho fundamental, tal como la recoge la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 281/2005, y resalta que, para ella, la libertad de los sindicatos para organizarse a través de los instrumentos de actuación que consideren más adecuados, "podrá venir acompañada y favorecida por cargas y obligaciones de terceros como el empresario, dirigidas a una efectividad promocional del contenido esencial de la libertad **sindical**". Señala entonces que esa jurisprudencia acepta el asesoramiento jurídico como propio de la actividad **sindical**, incluida la defensa en juicio. Asimismo, indica que esa sentencia incluye en el contenido adicional del derecho del artículo 28.1 prerrogativas como la "liberación institucional" y que se ha reconocido la competencia exclusiva del sindicato para articular su servicio de asesoramiento como considere oportuno.

Por último, mantiene que la asignación a su puesto de trabajo de un complemento específico que asciende al 41,88% del sueldo no puede constituir un obstáculo para el desempeño de la actividad **sindical**. Trae aquí a colación la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 336/2005, parte de cuyos fundamentos reproduce, sobre la figura del **liberado sindical** y las garantías que le asisten y destaca que vio vulnerado su derecho fundamental a desempeñar labores de contenido **sindical** por el mero hecho de ser licenciada en Derecho y Técnico de Administración Pública y percibir un complemento superior al 30% del sueldo base. Tal proceder, concluye, supone la infracción de los artículos 1 d) y 2.2 d) de la Ley Orgánica 11/1985.

CUARTO.- *El juicio de la Sala. La desestimación del recurso de casación.*

A) La delimitación de la controversia.

El auto de admisión, tal como hemos visto, nos encomienda interpretar el artículo 16.4 de la Ley 53/1984 y los artículos 28.1 de la Constitución y 1 d) y 2.2 d) de la Ley Orgánica 11/1985. Naturalmente, esa interpretación ha de hacerse en el concreto contexto en el que ha surgido el presente litigio. Importa, pues, precisar bien los extremos sobre los que no hay discusión para adentrarnos luego en los controvertidos.

Comenzaremos diciendo que no se trata aquí del ejercicio privado de la abogacía por una empleada pública que es licenciada en Derecho, ni tampoco de que ejerza labores de asistencia jurídica en cualquier asunto planteado por los afiliados o por el sindicato, con independencia de su naturaleza. Solamente se habla del asesoramiento jurídico extraprocesal y procesal al sindicato o a sus afiliados en materias laborales o **sindicales**. Es claro, igualmente, que la Sra. Carlota no ha percibido por su actuación de asesoramiento jurídico ninguna retribución ni del sindicato al que pertenece ni de los afiliados a los que ha defendido. No se habla, pues, de una actividad retribuida por quienes reciben la asistencia jurídica.

Tampoco está en discusión la condición de la Sra. Carlota de liberada de AFAPNA, ni que su liberación se extiende a la totalidad de la jornada laboral de manera que no tiene que prestar servicios, esto es, que no ejerce las funciones propias de su puesto de trabajo. Incluso, hemos visto que el escrito de interposición señala que, en cuanto tal liberada, se ve exenta de los deberes de objetividad que son propios de todos los funcionarios públicos y que, precisamente por esa razón, no hay conflicto de intereses entre su actuación como liberada **sindical** y la Administración a la que pertenece.

Por tanto, el pleito se centra en el alcance de la asignación al puesto de trabajo de la Sra. Carlota del complemento específico de la cuantía que se ha dicho: del 41,88% del sueldo base. Este es el motivo por el que defiende la Administración la aplicabilidad del artículo 16.4 de la Ley 53/1984, precepto básico, como se ha dicho ya, en su condición de empleada pública.

Pues bien, para saber si tiene razón la Administración Foral debemos recordar cuál es el sentido de las incompatibilidades. Asimismo, hemos de establecer si la actividad de que se debate es la "privada" a que alude el artículo 16.4. Y para ello, es menester determinar si dentro de la acción **sindical** cabe el asesoramiento jurídico y precisar la posición de los liberados **sindicales**. Con los resultados de esas operaciones, dispondremos de los elementos precisos para responder a la pregunta.

B) Sobre las incompatibilidades.

La breve exposición de motivos de la Ley 53/1984 nos dice que las incompatibilidades se fundamentan en el artículo 103.3 de la Constitución y miran a asegurar que los empleados públicos solamente se dediquen a un puesto de trabajo y que sus actividades privadas no impidan ni menoscaben el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometan su imparcialidad o independencia. También relaciona el régimen de incompatibilidades con la exigencia a los servidores públicos de "un esfuerzo testimonial de ejemplaridad ante los ciudadanos", en el que el legislador ve "un importante avance hacia la solidaridad, la moralización de la vida pública y la eficacia de la Administración".

Por eso, la incompatibilidad es la regla y la compatibilidad la excepción (artículo 1.1) y requerirá de autorización (artículo 3.1). Además, en los supuestos en que excepcionalmente se admite la compatibilidad en actividades públicas se exige la dedicación a tiempo parcial y/o se establecen límites retributivos a la segunda actividad. Tampoco cabe, en principio, que los funcionarios públicos realicen actividades privadas ya sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares que se relacionen con las desarrolladas por el Departamento, organismo o entidad en que estuviera destinado (artículo 11.1), salvo las "particulares que, en ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para sí los directamente interesados" (artículo 11.2). Ahora bien, con autorización de compatibilidad pueden ejercer actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales (artículo 14.1), aunque no en asuntos en los que estén interviniendo o hayan intervenido en los dos años anteriores y si requieren la presencia efectiva del interesado en un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo.

En este contexto se inserta el artículo 16.4, que dice así:

"4. Asimismo, por excepción y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en los artículos 1.3, 11, 12 y 13 de la presente Ley, 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".

La incompatibilidad que contempla tiene, en lo que ahora importa, dos características. Por un lado, la que determina la cuantía del complemento específico, la cual responde a los singulares cometidos del puesto de trabajo que lo tiene asignado, a la dificultad que implica su desempeño y también a las incompatibilidades que conlleva, conforme a los artículos 22.3 y 24 del Estatuto Básico del Empleado Público. Y, por el otro, se refiere a una segunda actividad. Es decir, contempla el supuesto en el que el empleado público adscrito a un puesto de trabajo con un complemento específico de esa naturaleza, además de ejercer las funciones propias del mismo, pretende ejercer otra actividad fuera de la Administración.

C) La acción **sindical** y la posición de los liberados **sindicales**.

El reconocimiento por el artículo 28.1 de la Constitución del derecho fundamental a la libertad **sindical** está esencialmente unido a la afirmación por su artículo 7, desde el Título Preliminar, de los sindicatos como organizaciones que contribuyen a la defensa y a la promoción de los intereses económicos y sociales que son propios de los trabajadores. En la medida en que el Título Preliminar condensa los fundamentos en los que se asienta el ordenamiento constitucional, el expreso reconocimiento desde allí del cometido de los sindicatos y el corolario de la exigencia de que su creación y su actividad son libres, junto a la de que su estructura interna y funcionamiento sean democráticos, expresan con rotundidad que, además del principio general de la interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, al tratar de la acción **sindical** ha de tenerse presente la especial valoración que merece para la Constitución.

La Ley Orgánica 11/1985 expresamente incluye en la libertad **sindical** el derecho a la actividad **sindical** [artículo 2.1 d)]. Este es el dato relevante al respecto aunque la sentencia y el auto de admisión al seguirla, por error material sin trascendencia, y el escrito de oposición hablen también del artículo 1 d) que, efectivamente, no existe. Sin trascendencia porque lo que sí existe dentro de la libertad **sindical** es el derecho a la actividad **sindical**. Además, el artículo 1.1 de la Ley Orgánica afirma el derecho de todos los trabajadores a sindicarse "para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales". Luego, el Título IV de la Ley Orgánica, se dedica a la "acción **sindical**", y el Estatuto Básico del Empleado Público establece en su artículo 40 las

funciones y legitimación de los órganos de representación --juntas de personal y delegados del personal-- que son quienes despliegan principalmente esa acción o actividad **sindical**.

Después, el artículo 41 trata de las garantías de los miembros de dichas juntas y de los delegados de personal y, entre ellas, incluye el derecho a un crédito de horas mensuales dentro de la jornada de trabajo retribuidas como de trabajo efectivo, crédito que va desde las quince horas mensuales hasta las cuarenta en función del número de funcionarios, según el artículo 41.1 d) que, igualmente, faculta a los miembros de la junta y a los delegados de la misma candidatura a acumularlos. Cuando la representación obtenida por una candidatura le supone suficientes créditos horarios mensuales para ello y los acumula en uno de sus representantes surge la figura del **liberado sindical**, especialmente protegido por la Ley [artículo 41.1. d) y 2] y por la jurisprudencia que ha consagrado la garantía de indemnidad en su favor.

La actividad o acción **sindical** es, naturalmente, la que se dirige a la promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores y se manifiesta el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y las Leyes. Ya hemos visto que la sentencia y las partes nos han recordado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que distingue entre el contenido esencial de la libertad **sindical** y su contenido adicional, de manera que no es preciso volver sobre ello. Sí importa decir que los diversos componentes esenciales o adicionales de la libertad **sindical** se proyectan sobre su actividad y que no hay en el ordenamiento jurídico una relación tasada, un *numerus clausus,* de cometidos **sindicales**. El artículo 2.2 d) de la Ley Orgánica 11/1985 lo deja claro cuando dice que:

"El ejercicio de la actividad **sindical** en la empresa o fuera de ella, que comprenderá, en todo caso, el derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal, y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, en los términos previstos en las normas correspondientes".

Ese "en todo caso", pone de manifiesto que hay más formas de actividad **sindical** y entre ellas se encuentra, sin duda, la de asesorar jurídicamente al propio sindicato y a sus afiliados en las cuestiones que afectan a la actuación de aquél y a los derechos y deberes derivados de la relación de servicio del empleo público. Es, en efecto, una forma de contribuir a la promoción de los intereses de los empleados públicos y que ampara el artículo 7 de la Constitución y así viene a reconocerlo la Administración foral cuando admite que los sindicatos pueden prestar ese asesoramiento.

D) La conclusión.

Con los elementos anteriores podemos establecer ya la conclusión que nos permite decidir este litigio.

La Sra. Carlota dedica la totalidad de su jornada a la actividad **sindical**. Esa actividad consiste en el asesoramiento jurídico, tanto extraprocesal como procesal, a AFAPNA y a sus afiliados. Es una actividad que no realiza en provecho propio mediante una remuneración satisfecha por los asesorados o por el sindicato, ni se extiende a cuestiones ajenas a las propiamente laborales y **sindicales**, ni a sujetos distintos de AFAPNA y de sus miembros en esas exclusivas materias. No es, pues, la actividad privada que contempla el artículo 16.4 de la Ley 53/1984. Es, por el contrario, una actividad que, en sí misma, no está vedada al sindicato ni prohibida su realización por empleados públicos que no perciban el complemento específico igual o superior al 30% del sueldo base.

No es, en efecto, la desarrollada por la Sra. Carlota , la prevista por ese precepto porque no implica beneficio particular para quien la realiza y, además, no entra en conflicto con los intereses públicos que fundamentan las incompatibilidades. Es cierto que el asesoramiento jurídico, normalmente, se dirigirá a la defensa del sindicato o de sus afiliados frente a la Administración, pero la función de los sindicatos es defender a los trabajadores normalmente frente al empleador y aquí lo es la Administración. Tampoco sufre la eficacia de la actuación administrativa vinculada al puesto de trabajo de la Sra. Carlota porque, en tanto liberada, no lleva a cabo las funciones propias del mismo sino que está dedicada exclusivamente a la actividad o acción **sindical**. No sufren, en definitiva, la objetividad que ha de caracterizar el proceder del empleado público, ni su imparcialidad e independencia porque van referidas a su actuación administrativa y en este caso no hay ninguna.

Ciertamente, tiene vedado actuar en los asuntos en que haya podido intervenir como empleada pública antes de ser liberada **sindical**, pero no se ha dicho que esto haya sucedido ni que haya infringido alguno de los deberes que impone el Estatuto Básico del Empleado Público a los representantes **sindicales**.

En estas condiciones, recordando, además, la relevancia constitucional de la acción **sindical**, no cabe considerar incompatible una actuación como la de la Sra. Carlota ni, por tanto, imputar a la sentencia de apelación las infracciones que le ha atribuido el escrito de interposición. La asignación a su puesto de trabajo de un complemento específico equivalente al 41,88% del sueldo base no significa otra cosa que así se han

valorado sus características específicas y la dificultad que implica su desempeño pero nada más y sucede que la Sra. Carlota lo desempeña realizando la actividad **sindical** de asesoramiento jurídico descrita, la cual, como se ha visto, no es una segunda actividad suya sino la única que ha cambiado de naturaleza por su condición de liberada **sindical**, la cual, además, no le priva del derecho a percibir los complementos retributivos asignados a su puesto de trabajo [sentencias del Tribunal Constitucional n.º 92/2005, 326/2005, 151/2006, 200/2007, 100/2014, 148/2015, ni a conservar su situación administrativa [sentencia del Tribunal Constitucional n.º 336/2005], a obtener una nueva [sentencia del Tribunal Constitucional n.º 144/2006], a que se le reconozca como experiencia profesional el periodo en que fue **liberado** a tiempo completo [sentencias del Tribunal Constitucional n.º 90/2008, 137/2008 y 179/2008].

Por tanto, el recurso de casación ha de ser desestimado.

QUINTO.- *La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.*

A la vista de cuando se ha razonado hasta aquí, hemos de responder a la cuestión planteada por el auto de admisión diciendo que, en las concretas condiciones que se han señalado, al personal al servicio de la Administración Pública **liberado sindical** a jornada completa que presta servicios en desarrollo de su actividad **sindical** no le resulta aplicable el artículo 16.4 de la Ley 53/1994, 26 de diciembre, Incompatibilidades del Personal de las Administraciones Públicas, cuando, sin percibir remuneración de éstos, desempeña labores de asesoramiento jurídico al sindicato y sus afiliados.

SEXTO.- *Costas.*

A tenor de lo establecido por el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento quinto,

(1.º) No dar lugar al recurso de casación n.º 3721/2018 interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra contra la sentencia n.º 88/2018, de 15 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el recurso de apelación n.º 20/2018 contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de los de Pamplona en el recurso n.º 358/2016.

(2.º) Estar respecto de las costas a los términos del último de los fundamentos.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ