



Roj: **STS 4436/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4436**

Id Cendoj: **28079130042021100373**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **30/11/2021**

Nº de Recurso: **1787/2020**

Nº de Resolución: **1402/2021**

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

Ponente: **LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CANT 548/2019,**  
**ATS 2197/2021,**  
**STS 4436/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 1.402/2021**

Fecha de sentencia: 30/11/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1787/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

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

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

Transcrito por: RBA

Nota:

R. CASACION núm.: 1787/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 1402/2021**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

Dª. Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 30 de noviembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 1787/2020, interpuesto por don José , representado por la procuradora doña Gloria Messa Teichman y bajo la dirección letrada de don David González Gutiérrez, contra la sentencia núm. 346/2019, de 14 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el recurso núm. 146/2019. Ha sido parte recurrida el Gobierno de Cantabria representado y asistido por la Letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"[...] FALLAMOS.- Desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia nº 80/2019 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de fecha 12 de abril de 2019 por DON José , siendo parte apelada EL GOBIERNO DE CANTABRIA, con expresa condena en costas a la parte apelante.[...]"

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de don José , presentó escrito preparando el recurso de casación, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de ordenación de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 2 de septiembre de 2020, se tuvo por personada a la Letrada de la Comunidad Autónoma de Cantabria en representación de dicha Comunidad Autónoma como parte recurrida. Asimismo mediante diligencia de ordenación de fecha 21 de septiembre de 2010 se tuvo por personada a la procuradora doña Gloria Messa Teichman, en nombre y representación de don José como parte recurrente.

**CUARTO.-** Por auto de 11 de febrero de 2021, la Sección Primera de esta Sala acordó:

"[...] Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por D. José contra la sentencia dictada el 14 de noviembre de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (recurso de apelación núm. 146/2019).

Segundo.- Precisar que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: si una segunda actividad en una Corporación de Derecho Público consistente en el ejercicio de cargos de órganos de representación y gobierno, en particular de Decano, debe considerarse actividad en el sector público a los efectos de las compatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Tercero.- Identificar la norma jurídica que, en principio, habrá de ser objeto de interpretación es la contenida en el artículo 1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso ( art. 90.4 LJCA).

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

Quinto.- Comunicar inmediatamente a la Sala de apelación 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.[...]"

**QUINTO.-** Teniendo por admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrente para que en treinta días, formalizara escrito de interposición, lo que realizó, suplicando a la Sala:



"[...] que tenga por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo, y, en su virtud, tenga por INTERPUESTO RECURSO DE CASACIÓN, en tiempo y forma, contra la sentencia dictada el 14 de noviembre de 2019 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el Recurso de Apelación núm. 146/2019, y previos los trámites procesales procedentes, en su día dicte Sentencia por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida ya referenciada, se estime plenamente nuestro recurso y se reconozca la compatibilidad del puesto como funcionario de carrera del Cuerpo de Profesores de Enseñanza secundaria del que el Sr. José es titular con el cargo de Decano del Colegio Oficial de Psicólogos de Cantabria para el que fue elegido.[...]".

**SEXTO.**- Por providencia de fecha 5 de mayo de 2021, se emplazó a la parte recurrida para que en treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala:

"[...] que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, en su virtud, al amparo de lo dispuesto en el artículo 92.5 LJCA, tenga por formalizado escrito de oposición al recurso de casación y se fije la doctrina jurisprudencial referida en el cuerpo del presente escrito, considerando que una segunda actividad en una corporación de derecho público consistente en el ejercicio de cargos de órganos de representación y gobierno, en particular de Decano, debe considerarse actividad en el sector público a los efectos de las compatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, confirmando en su totalidad la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 346/2019, de 14 de noviembre de 2019 y oponiéndonos expresamente al Suplico de la parte recurrente en los términos expresado en el Fundamento de Derecho Previo.[...]".

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

**OCTAVO.**- Mediante providencia de fecha 24 de septiembre de 2021 se señaló para votación y fallo la audiencia el día 23 de noviembre de 2021, en cuyo acto tuvieron lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de don José contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 14 de noviembre de 2019.

Los antecedentes del asunto son como sigue. El ahora recurrente es profesor de Educación Secundaria al servicio de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Tras ser elegido Decano del Colegio Profesional de Psicología de Cantabria, presentó solicitud de compatibilidad para el ejercicio de una segunda actividad. Ésta fue denegada mediante resolución de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de 27 de febrero de 2018, fundamentalmente por entender que los colegios profesionales forman parte del "sector público" en el sentido que a esta expresión atribuye el art. 1 de la Ley 53/1984, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas; y, por ello, se estaría dentro de la prohibición general de desempeñar una segunda actividad en el sector público, establecida por el mencionado precepto legal. Además, siempre según la Administración autonómica, incluso si la actividad fuera compatible, no resultaba claro que la remuneración que el solicitante habría de percibir por esa segunda actividad no superase el límite máximo permitido por la Ley 53/1984.

Disconforme con ello, el solicitante interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de 12 de abril de 2019. Contra ésta interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la sentencia ahora impugnada. Las sentencias de instancia y de apelación hacen suya la fundamentación de la resolución administrativa denegatoria de la compatibilidad.

**SEGUNDO.**- Preparado el recurso de casación, fue admitido por la Sección 1ª de esta Sala mediante auto de 11 de febrero de 2021. La cuestión que declara de interés casacional objetivo es:

"[...] si una segunda actividad en una Corporación de Derecho Público consistente en el ejercicio de cargos de órganos de representación y gobierno, en particular de Decano, debe considerarse actividad en el sector público a los efectos de las compatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas[...]".

**TERCERO.**- En el escrito de interposición del recurso de casación, se despliegan dos líneas argumentativas: una tendente a demostrar que los colegios profesionales no pertenecen al sector público; y otra dirigida a justificar que la remuneración correspondiente al Decano del Colegio Profesional de Psicología de Cantabria no supera el límite máximo permitido por la Ley 53/1984.



En cuanto a lo primero, el recurrente señala que el art. 1 de la Ley 53/1984 contiene un listado de las entidades que forman el sector público a los efectos de dicha ley; listado dentro del que no aparecen las corporaciones de Derecho público, ni más concretamente los colegios profesionales. Y observa que tampoco figuran en el art. 2 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, donde se enumeran las entidades comprendidas dentro del sector público. Una vez dicho lo anterior, el recurrente recuerda que la actividad de los colegios profesionales es de naturaleza mixta, privada y pública, para terminar con un argumento *a contrario*: al regular el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 53/1984 -es decir, quiénes están sujetos a las incompatibilidades allí establecidas- su art. 2.1.g) habla de "el personal al servicio de entidades, corporaciones de derecho público, fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por cien con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas". De aquí extrae el recurrente una doble conclusión: primera, que la omisión de los colegios profesionales en el art. 1 no puede ser un olvido del legislador de 1984, puesto que se acordó de ellos a la hora de establecer en qué casos el personal al servicio de los mismos está sujeto a la legislación de incompatibilidades; y segunda, que si dicho personal sólo está sometido a esas incompatibilidades cuando la corporación de Derecho público a la que sirven está financiada en más del 50% con fondos públicos, ello significa que las corporaciones de Derecho público -incluidos los colegios profesionales- no son por sí mismos parte del sector público.

Por lo que se refiere al límite máximo de remuneración por una segunda actividad compatible, dice el recurrente que, desde el momento en que los colegios profesionales no son sector público, quedan fuera de la prohibición del apartado segundo del art. 1 de la Ley 53/1984: "[...] no se podrá percibir, salvo en los supuestos previstos en esta Ley, más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas[...]". Y por lo que respecta al límite máximo de remuneración por una segunda actividad de naturaleza privada y declarada compatible, regulado en el art. 16 de la Ley 53/1984, sostiene el recurrente que no es de aplicación en este caso; y ello porque, si bien los colegios profesionales quedan fuera del sector público, su actividad no puede considerarse privada. Así, tras citar una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2001, afirma: "[...] Estaríamos ante una segunda actividad fuera del sector público, pero no privada (entendida como actividad laboral o de trabajo retribuida), por lo que no resultaría de aplicación el referido límite porcentual[...]".

**CUARTO.-** La Letrada de la Comunidad de Cantabria, en su escrito de oposición al recurso de casación, comienza subrayando que, incluso si la sentencia impugnada fuera casada por considerar que la segunda actividad como Decano del Colegio Profesional de Psicología de Cantabria no se encuadra dentro del sector público, siempre quedaría el obstáculo de determinar si la remuneración de esa segunda actividad supera el límite máximo permitido establecido en el art. 16 de la Ley 53/1984 para segundas actividades compatibles.

Una vez sentado lo anterior, la recurrida hace un amplio análisis de la naturaleza jurídica de los colegios profesionales y sostiene que, en especial por las funciones públicas que tienen encomendadas, el ejercicio de un cargo directivo en ellos puede entrar en conflicto con la imparcialidad exigible a los funcionarios públicos. Para ilustrar esta objeción, enumera todas las atribuciones que, entre las estatutariamente atribuidas al Decano del Colegio Profesional de Psicología de Cantabria, llevan aparejado el ejercicio de autoridad

**QUINTO.-** Abordando ya el tema litigioso, conviene comenzar examinando si la segunda actividad para la que el recurrente solicitó la compatibilidad se encuadra dentro del sector público. Si ello fuera así, sería automáticamente incompatible, habida cuenta del tenor del inciso inicial del art. 1 de la Ley 53/1984:

"[...] El personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos previstos en la misma[...]".

Pues bien, que el recurrente es un funcionario público y, por tanto, está sometido a la legislación de incompatibilidades no se discute. El problema es si ser cargo directivo de un colegio profesional es actividad dentro del sector público. A este respecto asiste la razón al recurrente cuando dice que el propio art. 1 de la Ley 53/1984 identifica las entidades que forman parte del sector público a efectos de incompatibilidades:

"[...] A los solos efectos de esta Ley se considerará actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia, y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes, entendiéndose comprendidas las Entidades colaboradoras y las concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria[...]".

Es claro que en la norma transcrita no se hace mención a los colegios profesionales, ni más en general a las llamadas corporaciones de Derecho público o Administración corporativa. También está en lo cierto el recurrente cuando observa que la vigente Ley de Régimen Jurídico del Sector Público tampoco incluye la



Administración corporativa dentro del sector público. Este dato es especialmente significativo, porque dicho cuerpo legal no regula una materia concreta - como pueden ser las incompatibilidades de los empleados públicos- sino que tiene alcance general para todo el Derecho administrativo. Desde un punto de vista estrictamente legal, los colegios profesionales no pueden ser encuadrados dentro del sector público. Ello no excluye, como es sabido, que sus actos queden sometidos al control de los tribunales contencioso-administrativos cuando son "adoptados en el ejercicio de funciones públicas", tal como dispone el apartado g) del art. 2 de la Ley Jurisdiccional. Pero si este precepto legal hace esa precisión, es porque las corporaciones de Derecho público no son, en sí mismas consideradas, Administración Pública: sólo merecen esa caracterización cuando ejercen alguna forma de autoridad por encargo de la ley; es decir, alguna función pública o alguna potestad administrativa. La jurisprudencia de esta Sala, por lo demás, es clara a este respecto.

De lo expuesto se sigue que los colegios profesionales no forman parte del sector público y, por consiguiente, que una segunda actividad en los mismos no es automáticamente incompatible con arreglo al art. 1 de la Ley 53/1984.

**SEXTO.-** Cuanto se acaba de razonar no se ve empañado por la alegación de la recurrida sobre el riesgo de que el ejercicio de las atribuciones propias del Decano del Colegio Profesional de Psicología de Cantabria pueda conducir a una situación de conflicto de intereses. Es verdad que el mencionado decanato comporta tomar múltiples decisiones, como las enumeradas en el escrito de oposición al recurso de casación. Pero si ello puede suponer un riesgo para la imparcialidad y la dedicación exigibles al funcionario público es algo que, en este momento, no le corresponde a esta Sala valorar. La razón es que no fue ésta la causa por la que la Administración denegó la compatibilidad solicitada por el recurrente. La causa fue otra: la denegación se fundó en la pretendida pertenencia al sector público de los colegios profesionales.

Los temores a los que se alude en el escrito de oposición al recurso de casación podrían, en términos generales, ser causa para la denegación de una solicitud de compatibilidad, a la vista de lo dispuesto por el apartado final del art. 1 de la Ley 53/1984:

"[...] En cualquier caso, el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia.[...]".

Ocurre, sin embargo, que no fue ésta la causa invocada por la Administración para justificar su decisión denegatoria. Y conviene observar, en todo caso, que la denegación de la compatibilidad con una segunda actividad en principio compatible con base en lo previsto en el arriba transcrito inciso final del art. 1 de la Ley 53/1984 exigiría inexcusablemente una motivación referida a las circunstancias del caso concreto, explicando cómo la segunda actividad de que se trate puede influir negativamente en el cumplimiento de los deberes de ese específico funcionario. En otras palabras, a diferencia de lo que ocurre con una segunda actividad en el sector público, que es automáticamente incompatible salvo en los supuestos expresamente previstos por la ley, en esta otra causa no hay ningún automatismo.

**SÉPTIMO.-** Por todo lo expuesto, la respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo es que una segunda actividad en un colegio profesional no puede considerarse actividad en el sector público, por lo que resulta, en principio, susceptible de ser declarada compatible.

**OCTAVO.-** La sentencia impugnada debe, así, ser casada. Esta Sala, sin embargo, no puede ahora resolver el recurso de apelación, porque no dispone de datos suficientes para ello.

Efectivamente, asiste la razón a la recurrida cuando, en el escrito de oposición al recurso de casación, dice que incluso si se llegara a la conclusión de que la segunda actividad aquí examinada no corresponde al sector público siempre quedaría por afrontar el problema de si la retribución prevista para esa segunda actividad supera el límite máximo fijado en el art. 16 de la Ley 53/1984. Desde luego, resulta insostenible la alegación del recurrente de que ese límite máximo no es aplicable porque se trata de una actividad que, aun estando fuera del sector público, no es privada. Lo que está fuera del sector público es privado y, a efectos de incompatibilidades, las actividades son públicas o privadas: *tertium non datur*.

Dicho esto, determinar si la remuneración atribuida al Decano del Colegio Profesional de Psicología de Cantabria respeta el límite máximo legalmente fijado es algo que, a la vista de los hechos acreditados, corresponde resolver a la Sala de apelación. Así, de conformidad con lo permitido por el art. 93 de la Ley Jurisdiccional, hay que retrotraer las actuaciones a la Sala de apelación para que, teniendo en cuenta que la segunda actividad aquí considerada no pertenece al sector público, resuelva lo que proceda sobre la compatibilidad solicitada por el recurrente.



**NOVENO.-** Con arreglo al art. 93 de la Ley Jurisdiccional, en el recurso de casación soportará cada parte sus propias costas.

## **FALLO**

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

**PRIMERO.-** Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don José contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 14 de noviembre de 2019, que anulamos.

**SEGUNDO.-** Ordenar la retroacción de las actuaciones a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria a fin de que, teniendo en cuenta que la segunda actividad que es objeto del litigio no pertenece al sector público, resuelva lo que proceda sobre el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don José contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de 12 de abril de 2019.

**TERCERO.-** No hacer imposición de las costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ