

La protección del *ius in officium* del concejal en el ámbito laboral (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2020, de 29 de junio)

José Luis Reverter Valls

RESUMEN

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 66/2020, de 29 de junio, declara vulnerado el derecho de una concejal a la participación en asuntos públicos mediante el ejercicio del cargo representativo electo contemplado en el artículo 23.2 de la Constitución Española, al negársele la reincorporación a su trabajo tras finalizar una excedencia por causa del ejercicio de su cargo en régimen de dedicación exclusiva.

Palabras clave: Tribunal Constitucional; excedencia del trabajador; concejal; Derecho Constitucional de acceso a funciones y cargos públicos.

ABSTRACT

The Constitutional Court in its Judgment 66/2020, dated June 19, declares that the right of Councillor to participate in public affairs through the exercise of her elected representative office referred in article 23.2 of the Spanish Constitution, is violated when she is denied reincorporation to his job after ending a leave of absence due to the exercise of her office on a full-time basis.

Key Words: Constitutional Court; temporary leave's workers; Councillor; Constitutional right of access to public functions and offices.

SUMARIO

I. ANTECEDENTES. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO. II. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. III. CONCLUSIONES

I. ANTECEDENTES. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO

La presente Sentencia fue dictada con motivo del recurso de amparo núm. 4617-2017, interpuesto en nombre de una concejal de un Ayuntamiento madrileño contra las resoluciones judiciales del orden de lo social que a continuación se detallan, por supuesta vulneración del derecho al cargo público representativo recogido en el artículo 23.2 de nuestra Constitución:

1) La sentencia 540/2015, de 11 de noviembre, del Juzgado de lo Social núm. 38 de Madrid, por la que se desestimó el recurso interpuesto por la citada concejal contra la negativa empresarial de reincorporarla a su puesto de trabajo tras concluir su excedencia forzosa al no ejercer su cargo de concejal en régimen de dedicación exclusiva desde la efectividad del acuerdo del Pleno de su Ayuntamiento de 13 de junio de 2015.

Esta sentencia argumenta que la reincorporación desde una situación de excedencia forzosa no depende únicamente de la voluntad del trabajador sino que el empresario puede requerir que se pruebe una alteración tal de las circunstancias que haya determinado el cese de la incompatibilidad entre el trabajo y el cargo público. Dada cuenta que el sentenciador entiende que no se acredita una variación en las funciones que ha venido ejerciendo la demandante durante los últimos 10 años, entre otras la asistencia a las sesiones de los órganos colegiados de la Corporación Local, y por tanto, que todo se reduce a un cambio en el régimen económico.

2) La sentencia 587/2016, de 6 de junio (sic)¹, de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la demandante contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 38 de Madrid anteriormente citada.

.....

1 La fecha correcta de la Sentencia es el 6 de julio de 2016.

La recurrente aduce, junto a la vulneración del art. 23 de la CE, lo dispuesto en el art. 75.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Cabe recordar que en virtud del mismo establece que las retribuciones derivadas del desempeño con dedicación exclusiva por los miembros de las Corporaciones Locales, son incompatibles «con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas».

El Tribunal reconoce que las circunstancias sí que se han modificado desde el 13 de junio de 2016, fecha en la que dejó de disfrutar de la dedicación exclusiva que tenía desde el año 1999. No obstante, considera que de ello no se deriva que no tenga la dedicación ordinaria propia de una concejal y que por tanto, lo que procede aclarar es si tal cambio le imposibilita para ejercer su trabajo. A esta cuestión, en la misma línea argumental que realizó en su sentencia el Juzgado de lo Social núm. 38, entiende que la dedicación exclusiva no constituye una incompatibilidad material, sino tan solo formal, «pactada entre las partes interesadas para que el trabajador preste sus servicios en otro empleo a cambio de una remuneración (art. 21.1 ET)» y que la simple condición de concejal, aun sin funciones en el Gobierno municipal, supone la realización de trabajos y asistencias a órganos colegiados que resultan incompatibles con la observancia de la jornada de trabajo (condición esencial de la relación laboral) y que determina que nos encontremos ante una situación de incompatibilidad prevista en el art. 46.1 del Estatuto de los Trabajadores. A mayor abundamiento la sentencia expone que la demandante desde 2005 no ejercía funciones de Gobierno en el Ayuntamiento y no pidió su reincorporación a su puesto de trabajo en la empresa, deduciendo de esta conducta que consideraba estar en situación de incompatibilidad y que por tanto, ahora no puede ir contra sus propios actos.

3) El auto de 21 de junio de 2017, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en virtud del cual se inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la citada concejal, al no apreciar contradicción con la misma.

En atención a los antecedentes expuestos y del recurso de amparo interpuesto, el Tribunal Constitucional acordó por providencia de 16 de julio de 2018 su admisión a trámite al apreciar la concurrencia de especial trascendencia constitucional, tratándose de una cuestión que afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no existía doctrina previa.

No cabe duda de la importancia práctica de la cuestión sometida a juicio del Tribunal habida cuenta del gran número de cargos electos locales existentes en nuestro país. Evidentemente no todos con dedicación exclusiva. Un buen número de ellos gozan de dedicaciones parciales y se puede afirmar que la inmensa mayoría de ellos sin retribución en régimen de dedicación. Por otra parte, de la cuestión de la protección del derecho fundamental se deriva un evidente trasfondo económico que no es otro que la contestación a la pregunta de quién debe soportar el coste de «las incompatibilidades materiales» entre el cumplimiento de la jornada laboral en la respectiva empresa y el cumplimiento de las obligaciones públicas derivadas del cargo representativo local, que en los supuestos distintos a los de dedicación exclusiva encuentran su contestación en la lectura conjunta de los arts. 75.6 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y 37.3 d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

II. DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional cimenta su decisión en las argumentaciones jurídicas contenidas en su anterior Sentencia 125/2018, de 26 de noviembre, dictada en el recurso de amparo núm. 5988-2017, que versaba sobre el despido de una trabajadora, concejal de un Ayuntamiento, acordado por el Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos de la Junta de Andalucía, motivado en el absentismo laboral como consecuencia del ejercicio de actividades de su cargo, en particular la asistencia a las sesiones de los órganos colegiados de la Corporación, por aplicación del art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores (enunciado como uno de los supuestos de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas)².

El TC nos recuerda en el FJ. 3 de la sentencia objeto de estudio que el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos contemplado en el art. 23.2 de nuestra Constitución tiene dos vertientes: la ex-

.....

2 Dicho apartado fue derogado por el Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero, siendo asimismo posteriormente plasmada su derogación en el artículo único de la Ley 1/2020, de 15 de julio. Aun cuando el TC avaló en su controvertida sentencia 118/2019, de 16 de octubre, la constitucionalidad del art. 52 d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el legislador decidió derogarlo al entender que su texto no se adecuaba a las exigencias derivadas de la doctrina emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos Ruiz Conejero y Nobel Plásticos Ibérica, al aplicarse automáticamente una vez concurrido los porcentajes de absentismo en él establecidos sin disponer, a su vez, medida alguna para determinar la adecuación y proporcionalidad de la medida en cada caso concreto.

plícita, consistente en el derecho de los ciudadanos de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes; y la implícita que se concreta en «(a) el derecho a permanecer, en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes, en los cargos o funciones públicas a los que se accedió; (b) el derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes (el llamado *ius in officium*); y (c) la prohibición de remoción del cargo si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos³».

Atendido lo anterior, el asunto en el que se centra el Alto Tribunal es la determinación de cuál es el núcleo inherente del *ius in officium* de un concejal, es decir, las funciones que constituyen el contenido esencial de dicho cargo representativo. Este se concreta, como ya estableció dicho Tribunal en anteriores sentencias, en «... la participación en la actividad de control del gobierno local, en las deliberaciones del pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, y el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores actividades y participar en las comisiones informativas⁴». En este sentido, solo los actos dirigidos a impedir u obstaculizar el ejercicio o desempeño de dichas funciones, constituirían una vulneración del derecho consagrado en el art. 23.2 de nuestra Carta Magna.

Consecuentemente, por lo que respecta al caso enjuiciado, en el FJ. 4 se concluye que los razonamientos judiciales sobre fechas de cese de ejercicio de labores de gobierno y sobre la existencia de incompatibilidades materiales son irrelevantes a efectos de dicho artículo constitucional. La cuestión, en definitiva, es que la argumentación y decisión de las sentencias recurridas en amparo impiden la efectividad del derecho fundamental de representación política al anudar al ejercicio del mismo «...una consecuencia laboral desfavorable para la demandante de amparo con fundamento en el ejercicio del núcleo esencial de su *ius in officium* como miembro de un consistorio municipal⁵».

.....

- 3 El derecho de acceso a funciones y cargos públicos es una manifestación del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, consagrado en el apartado 1 del mismo artículo 23 de nuestra Constitución actual, cuya configuración le corresponde al legislador (FJ. 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 158/2018, de 26 de noviembre).
- 4 La jurisprudencia constitucional al respecto del contenido del *ius in officium* de los concejales es numerosa y cubre aspectos diversos vinculados al núcleo esencial expuesto (a modo de ejemplo la STC 151/2017, de 21 de diciembre, por el que se declara la inconstitucionalidad del párrafo tercero del artículo 197.1 a) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, relativa a la moción de censura del alcalde).
- 5 Dicho de otra manera, como manifestó el Ministerio Fiscal en sus alegaciones «supone sancionar con la pérdida de su puesto de trabajo el ejercicio de un derecho fundamental...».

Vulnerado el derecho de la recurrente en amparo, el Tribunal Constitucional la restablece en su derecho, anulando las resoluciones objeto del proceso, declarando nula la extinción de la relación laboral y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia 540/2015, de 11 de noviembre, del Juzgado de lo Social núm. 38 de Madrid, al objeto de que dicho Juzgado se pronuncie sobre los efectos legales que se deriven de la nulidad de dicha extinción así como, en su caso, la eventual pretensión indemnizatoria.

III. CONCLUSIONES

El Tribunal Constitucional confirma su línea doctrinal de protección del derecho fundamental de acceso a funciones y cargos públicos consagrado en el art. 23.2 de la Constitución Española en el ámbito de las relaciones laborales. Si en la sentencia 125/2018, de 26 de noviembre, el supuesto de partida fue la extinción del contrato de trabajo por absentismo de una concejala derivada de la realización de actividades de su cargo [en aplicación del vigente en su momento art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores], en este se trata de la negativa empresarial a la reincorporación al puesto de trabajo solicitada por una edil tras concluir su excedencia al serle retirada por el Pleno de la Corporación del que formaba parte la dedicación exclusiva. En definitiva, se consagra el principio de que no pueden existir consecuencias laborales desfavorables que se deriven del ejercicio de las funciones que constituyen el núcleo inherente o esencial del *ius in officium* del cargo público representativo.

Desde un punto de vista práctico en la mayoría de los casos supone trasladar al empleador gran parte del coste derivado de las ausencias en el puesto de trabajo justificadas en la realización de actividades vinculadas a dichas funciones esenciales, aun aplicándose la previsión legal contemplada en el apartado 37.3 d) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores de la posibilidad de descontar del importe del salario de la empresa el importe de las indemnizaciones (y asistencias) percibidas por el desempeño del cargo.

Justamente, una de las cuestiones que quedan abiertas a la aplicación de esta doctrina en futuros conflictos en el ámbito laboral es la que se deriva de lo dispuesto en dicho apartado del artículo 37.3 del TRET, en relación a que el empresario pase a excedencia forzosa al trabajador cuando el cumplimiento de los deberes que derivan de su cargo público «... suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del veinte por ciento de las horas laborables en un periodo de tres meses». En este sentido, la delimitación de las funciones que integran el citado núcleo esencial se revela como el aspecto más relevante.