

ASUNTO: ORGANIZACIÓN / INCOMPATIBILIDAD.

**Compatibilidad del cargo de concejala y su posible
contratación como personal laboral temporal del
Ayuntamiento**

352/16

E

INFORME

I. HECHOS. ANTECEDENTES.-

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XX, en relación con el asunto epigrafiado acompañando al respecto informe de conformidad de Secretaría de la Entidad.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE.-

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).
- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).
- Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL)
- Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).
- Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 (Ratificada el 20-01-1988) (CEAL).

- Real Decreto 2568/86, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).

III. FONDO DEL ASUNTO

El artículo 178.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) establece respecto a los miembros de las Corporaciones locales lo siguiente:

“ Son también incompatibles:

... b) Los directores de servicios, funcionarios o restante personal activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él.”

De la dicción de este precepto extraeríamos como primera conclusión la incompatibilidad de este concejal para ser contratado en régimen de contratación temporal por el Ayuntamiento.

No obstante ésto, debemos decir que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26 de Abril de 2002, ha considerado que, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, las causas de incompatibilidad deben ser interpretadas de modo restrictivo:

“Para la determinación del alcance de la dependencia a que alude este precepto de la Ley Orgánica, ha de tenerse en cuenta que, como ha señalado el Tribunal Constitucional desde su primera doctrina, el artículo 23.2 CE consagra el derecho de acceso a los cargos públicos como un derecho de configuración legal, pero que comprende y forma parte de su contenido el de la permanencia en ellos. Y así este Alto Tribunal ha señalado que las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en tanto en cuanto son excepciones de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido. En el bien entendido de que con el régimen de incompatibilidades se trata de garantizar la objetividad, imparcialidad, eficacia y transparencia en el desempeño del cargo o función pública de que se trata.

Por consiguiente, no cabe una interpretación extensiva de las incompatibilidades, cuya interpretación y precisión ha de estar presidida por la indicada finalidad de preservar a la función pública de una influencia desviada del interés público, por la posible contaminación o incidencia en la toma de decisiones que puede representar una eventual colisión con interés extraños a los de la ciudadanía a que ha de servir el cargo que se ostenta o por la incidencia en dichas decisiones de intereses privados o particulares.”

Para centrar la estricta cuestión y poder dar una opinión sobre el supuesto de hecho planteado, recordemos que el puesto de trabajo en cuestión es el de Auxiliar administrativo adscrito al Servicio de la Biblioteca Municipal y que dicha contratación fue realizada en el marco de la Convocatoria del Programa de Empleo de Experiencia , conforme a la Orden de 21 de julio de 2016 (DOE núm. 146 de 29 de agosto) de convocatoria para 2016 de las subvenciones destinadas a la contratación, por las entidades locales de Extremadura, de personas desempleadas dentro del Programa de Empleo de Experiencia, al amparo del Decreto 152/2012, de 27 de julio (DOE núm. 149 de 2 de agosto) y sus posteriores modificaciones. Quiere ello decir que el Ayuntamiento no realizará ningún gasto con cargo a su presupuesto para la contratación de estas personas, ya que la totalidad de los gastos salariales irán con cargo a la subvención que concede la Comunidad Autónoma.

Tal circunstancia de no onerosidad de los puestos de trabajo para las arcas municipales nos lleva al acuerdo de la Junta Electoral Central 251/460, de 15 de septiembre de 2011:

“... El artículo 178. b) de la LOREG establece que es incompatible con la condición de Concejal el ser "funcionario o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las Entidades y establecimientos dependientes de él". Interpretando dicho precepto, la Junta Electoral Central ha declarado con carácter general que existe incompatibilidad con la condición de Concejal en las personas que prestan servicios laborales a la propia Corporación Local, si bien, en determinadas condiciones, el Pleno de la Corporación Local podría apreciar que no se produce dicha incompatibilidad cuando el personal contratado no se

incorpora a la plantilla del Ayuntamiento, y se trata además de servicios eventuales de corta duración financiados con fondos ajenos al municipio, tales como obras o trabajos de interés social con subvenciones de los servicios públicos de empleo, o empleo comunitario rural de trabajadores eventuales agrícolas (RD 939/1997), o trabajos temporales de colaboración social realizados por perceptores de prestaciones de desempleo (artículo 213.3 de la Ley General de la Seguridad Social). Ha de tenerse en cuenta, en todo caso, que el contratado no puede convertirse tampoco en contratista de la Corporación Local, supuesto éste de incompatibilidad expresa, conforme a lo dispuesto en el artículo 178.2.d) de la LOREG. Conviene recordar también que la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2002 ha declarado que las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en cuanto excepciones a criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido, en el bien entendido de que con el régimen de incompatibilidades se trata de garantizar la objetividad, imparcialidad, eficacia y transparencia en el desempeño del cargo de Concejal, preservándole de influencias ajenas al interés público que pudieran contaminar la toma de decisiones. "

Siguiendo esta posición, podemos citar la Sentencia 29/2014 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº1 de Badajoz, de 25.02.2014, en la que se falla a favor de la compatibilidad del cargo de concejal con aquellos puestos que por su carácter temporal y por su ámbito de desempeño no generan un conflicto entre el interés público que implica la concejalía y el privado propio de un trabajador.

Ahora bien, y con todos los respetos a la opinión de la Junta Electoral Central, y lo resuelto por el Juzgado en cuestión para el asunto sometido a su consideración, es una máxima en derecho que donde el legislador no distingue no le está permitido hacerlo al intérprete (*ubi lex non distinguet nec nos distinguere debemus*). Por consiguiente, si el legislador en el mencionado artículo 178 de la LOREG declara como incompatible con la condición de concejal, entre otros, la del personal activo del respectivo Ayuntamiento, lo mismo da que lo sea como consecuencia de un contrato de corta o larga duración, subvencionado o no subvencionado.

En este sentido deberemos tener en cuenta que el 8 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, clasifica a los empleados públicos en

- a. Funcionarios de carrera.
- b. Funcionarios interinos.
- c. Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
- d. Personal eventual.

Unos y otros tienen la condición de personal al servicio de la Administración, aplicándose a unos y a otros el mismo régimen de incompatibilidad.

Y en este mismo orden de cosas, no obstante la posición mantenida por la Junta Electoral Central, es el principio de seguridad jurídica el que queda comprometido, pues amén de la dificultad, de entender a que se refiere cuando circunscribe la excepción a la regla general de incompatibilidad: *"...cuando el personal contratado no se incorpora a la plantilla del Ayuntamiento, y se trata además de servicios eventuales de corta duración financiados con fondos ajenos al municipio..."* y además deja en manos de los Plenos de las Corporaciones locales la apreciación de la existencia de incompatibilidad.

Así pues, a la vista de cuanto ha quedado expuesto deberá ser el propio Ayuntamiento en Pleno, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado mediante Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, quien, tras valorar la situación y circunstancias concurrentes en el supuesto sometido a consideración, declare la compatibilidad o incompatibilidad de la prestación de sus servicios laborales para el Ayuntamiento y el desempeño del cargo de Concejala del mismo.