



## ASUNTO: PERSONAL/ INCOMPATIBILIDADES

### Incompatibilidad Concejal con puesto de auxiliar de biblioteca

155/15

A

\*\*\*\*\*

## INFORME

### I. ANTECEDENTES DE HECHO

Por el Ayuntamiento de XX se nos plantea posible incompatibilidad de un concejal de la Corporación con su condición de auxiliar de biblioteca del Ayuntamiento.

### II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Constitución Española de 1978
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General
- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público
- 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**

1. INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONCEJALES.-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:

2. 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 esta concejal con su condición de auxiliar de biblioteca del 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.”

De la documentación aportada se desprende que el puesto de trabajo que nos ocupa, fue acogida su contratación al Decreto 150/2012, de 27 de julio, por el que se aprueban las bases reguladoras del programa de empleo de experiencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Siendo, por otra parte, la duración de referido contrato desde 27/04/2015 hasta 26/10/2015. Determinándose por la citada norma autonómica (artículo 6.1) que “La cuantía de la subvención será equivalente al importe de los costes salariales subvencionables de cada puesto de trabajo, con un límite máximo, por puesto de trabajo, de 12.000 €”

La posible no onerosidad para el Ayuntamiento de este puesto de trabajo 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.”

Ahora bien, como observamos, el citado órgano consultivo fija una serie de requisitos para que no exista tal incompatibilidad, siendo la primera de ellas que no se incorpore a la plantilla. Por tanto, cuestión fundamental, esté subvencionado o no este contrato, es conocer si tal puesto de trabajo, auxiliar de biblioteca, está o no incluido en la plantilla de personal del Ayuntamiento. Consultado este extremo al Ayuntamiento nos informan que no está incluido en la plantilla de personal, pues aunque el servicio de biblioteca existe, sólo se cubre el puesto de trabajo si se concede la subvención para su contratación. Sin embargo, tal modo de proceder, no inclusión en la plantilla de personal, consideramos que no es ajustado a derecho por cuanto el artículo 126.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por RD legislativo 781/1986, establece que “1. Las plantillas, que deberán comprender todos los puestos de trabajo debidamente clasificados reservados a funcionarios, personal laboral y eventual, se aprobarán anualmente con ocasión de la aprobación del Presupuesto y habrán de responder a los principios enunciados en el artículo 90.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril. A ellas se unirán los antecedentes, estudios y documentos acreditativos de que se ajustan a los mencionados principios.”. Por tanto, existiendo el servicio de biblioteca, lo adecuado sería incluir el puesto de auxiliar de la misma en la plantilla del Ayuntamiento, independientemente de cuál sea la forma de provisión de la misma y su financiación.

No obstante, no existe una posición pacífica sobre esta cuestión, de tal forma que debemos realizar un proceso de identificación del concepto “corta duración”. En este sentido, conviene recordar que los conceptos jurídicos indeterminados se generan cuando se describen situaciones o hechos que o bien no pueden o sencillamente no se quiere acotar de una manera más precisa. De tal forma que existen áreas dentro de tales conceptos en las que es discutible si el aplicador de la ley se encuentra dentro o fuera de ellas. El juez, pues, con esos mimbres tiene que decidir finalmente si estima que, en el preciso



caso que se le plantea, el concepto jurídico indeterminado concurre o no.

Esta realidad aplicativa es lo que García de Enterría ha denominado la unidad de solución justa de los conceptos jurídicos indeterminados. Una categoría ésta que ha sido frecuentemente incomprendida. Y es que esa unidad de solución justa "no significa que haya una sola y única conducta capaz de merecer, entre todas las posibles, la calificación a la que el precepto apunta", sino que "lo que quiere decir es exactamente que en un caso dado la concreta conducta objeto de enjuiciamiento es de buena fe o no lo es, lo que remite a una apreciación por juicios disyuntivos, en la expresiva fórmula alemana, ya que no puede ser las dos cosas al mismo tiempo, como es evidente". Por lo tanto, estamos en un proceso del ámbito propio de los márgenes de apreciación de los mandatos legales. Pero al final habrá que decidir sí o no, con estos elementos. Eso es la unidad de solución justa de los conceptos jurídicos indeterminados.

García de Enterría distingue, por otra parte, en el terreno de los conceptos jurídicos indeterminados que ahora nos ocupa, entre distintos círculos concéntricos. En el círculo inferior nos encontraríamos con el terreno de la certeza positiva, es decir, una zona en la que de manera evidente concurre el concepto legal (un contrato es claramente de corta duración). En el círculo externo hallaremos, por otra parte, aquella zona en la que de modo evidente la previsión legal no se da (un contrato es manifiestamente de larga duración). Y el problema, naturalmente, lo encontramos en el centro, en aquella zona en la que tenemos dudas. Es el área en la que García de Enterría denomina el halo de concepto. Aquí es donde operan los juicios y los márgenes de apreciación pero, al final, como ya hemos dicho, habrá que decidir si sí o si no. Por lo tanto, nos hallamos en el presente caso en el halo de concepto del "contrato de corta duración" cuya apreciación debe ser realizada por el Pleno y, en caso de ser recurrido, por el Juez. En todo caso, conviene justificar, motivar y desarrollar jurídicamente los criterios de apreciación del halo del concepto que en el caso concreto lleve al Pleno a apreciar que estamos o no ante un contrato de "corta duración".

Téngase, no obstante en cuenta, que a ese concepto jurídico indeterminado de corta duración hay que añadirle la circunstancia



sobrevenida; es decir, no entraría en juego la incompatibilidad o compatibilidad sino desde la toma de posesión de esta concejala y no desde el inicio del contrato. Estamos, por tanto, ante un contrato que finalizará dentro de algo más de tres meses; plazo que podemos catalogar perfectamente como "corto", utilizando la terminología empleada por la Junta Electoral Central.

A tal fin, y sin ánimo de sustituir al Pleno en su proceso de apreciación en este caso concreto, podemos realizar un desarrollo que sirva de fundamento a la apreciación del halo de concepto. Consideramos que debemos hacer una interpretación del bien jurídico protegido, que no debe ser otro que la independencia para defender los intereses públicos frente a los privados, lo cual se puede suscitar por medio de las condiciones privadas de las personas que resulten elegidas como Concejales. Lo que entiende la JEC es que los Concejales son personas que viven en el mundo y que deben seguir en esta circunstancia; obviamente, si hay casos puntuales en los cuales no pueden intervenir se aplicará el régimen de abstenciones y recusaciones establecido en el artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -LRJPAC-. En este sentido, consideramos que la motivación de la JEC es que si hay circunstancias transitorias que no condicionan ni la toma de decisiones de la Corporación ni el control que se debe tener sobre los trabajadores, éstos pueden mantener las funciones y trabajos que venían desarrollando; y ello porque parece complejo ser jefe y trabajador en una misma institución a la vez. Por tanto, en el caso de que se trate de un contrato de naturaleza permanente no debería concederse la compatibilidad.

En definitiva, no existe posición pacífica, ni la JEC tiene una postura uniforme al interpretar el artículo 178 de la LOREG; todo ello permite, en ciertos casos, la compatibilidad de la condición de Concejales con la de trabajador municipal.

Debe analizarse caso por caso con el objeto de no privar de derechos legítimos a los Concejales, o a los aspirantes a ello, pero teniendo en cuenta que las interpretaciones no deben desviarse del fin último protegido que es mantener la independencia en el funcionamiento de



la institución, apreciación ésta que deberá realizar el Pleno de forma motivada.

Retomando la cuestión referida al otro requisito esgrimido por la Junta Electoral Central, el de que no se incorpore a la plantilla, debemos tener en cuenta que ésta, la plantilla de personal de las Administraciones Públicas viene constituida por un documento enumerativo del conjunto de plazas de la organización de que se trate, con especificación de sus características singulares, condiciones de ejercicio y nivel jerárquico. Está íntimamente unido al Presupuesto, y, así, se dice en el art. 90.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local que corresponde a cada Corporación local aprobar anualmente, a través del Presupuesto, la plantilla, que deberá comprender todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios, personal laboral y eventual. Asimismo, se establece que las plantillas deberán responder a los principios de racionalidad, economía y eficiencia y establecerse de acuerdo con la ordenación general de la economía, sin que los gastos de personal puedan rebasar los límites que se fijen con carácter general.

Así pues, la plantilla orgánica municipal comprende sólo las plazas con dotación presupuestaria, estén cubiertos o no. Es decir, es una relación presupuestada de las plazas que tiene dotación crediticia del Capítulo I de los presupuestos de las Administraciones Públicas y es una documentación necesaria que debe incorporarse a los presupuestos generales anualmente para su aprobación, pudiendo ser modificados a lo largo del ejercicio presupuestario respetando el mismo procedimiento que para su aprobación.

Distinto a la plantilla es la relación de los puestos de trabajo -RPT-, la cual es un instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan, en los mismos, los requisitos de desempeño de cada puesto, así como sus características retributivas. Es un instrumento ordenador de la función pública ya que, a partir de ella, las Administraciones Públicas asignan a los empleados públicos existentes en la plantilla los distintos puestos de trabajo que tendrán, en todo caso, el contenido previsto en la legislación básica sobre función pública, y se confeccionarán con arreglo a las normas previstas en el art. 90.2 LRBRL. Así, este texto legal dice que las Corporaciones locales formarán la relación de todos los puestos de





trabajo existentes en su organización, en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública. Asimismo, señala que corresponde al Estado establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación, así como las normas básicas de la carrera administrativa, especialmente por lo que se refiere a la promoción de los funcionarios a niveles y grupos superiores.

En conclusión, ambas figuras son necesarias para que pueda llevarse a cabo una buena ordenación y gestión de los recursos humanos de las Administraciones Públicas. Ahora bien, manteniendo esta necesidad legal de ambas figuras, lo que sí está claro es que, si ha de elegirse un orden de prioridad a la hora de aprobar unas y otros, no cabe duda de que las plantillas orgánicas forman parte integrante y fundamental de los presupuestos generales de la Corporación local, por lo que debe primero llevarse a cabo la plantilla de personal, para después procederse a la tramitación de las relaciones de puestos de trabajo y al reparto de los empleados públicos en los diferentes puestos de trabajo, una vez clasificados y aprobados, mediante los sistemas ordinarios de provisión de puestos de trabajo.

Por consiguiente, y como CONCLUSIÓN, no obstante los perfectos y correctos argumentos empleados en el posicionamiento del Pleno a la hora de no conceder la compatibilidad de esta edil, la prudencia, los pronunciamientos recientes judiciales al respecto, y el parecer de la Junta Electoral Central, nos llevan a recomendar al Pleno la reconsideración de su acuerdo y, ante la realidad inequívoca de que el contrato laboral se extinguirá en un plazo de no más de tres meses y, por tanto, merecer la consideración de "corta duración", estimar el recurso de reposición planteado y, en su consecuencia, reconocer la compatibilidad entre el cargo de concejal de ese Ayuntamiento y el de Auxiliar de Biblioteca Municipal.

2.NULIDAD DEL ACUERDO PLENARIO DE NO RECONOCER LA COMPATIBILIDAD.-Conforme al artículo 54 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) , "1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos....f) Los





que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.”

Analizado el acuerdo de Pleno por el que no se reconoce la compatibilidad a la concejala con su puesto de trabajo como auxiliar de biblioteca, se observa que el mismo está ampliamente motivado, por cuanto las diversas intervenciones en dicha sesión se centran fundamentalmente en el informe emitido por la Secretaría, en el que se argumenta el parecer de ésta sobre la existencia de incompatibilidad. Pero es más, en el propio recurso de reposición planteado se rebaten con dictámenes y sentencias los argumentos que de este informe que el Pleno, al adoptar el acuerdo, hace suyo. Téngase en cuenta tales efectos que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de de 16 Enero 2001 sostiene que cuando el órgano que dicta el acto hace suyo los informes en base a los cuales lo dicta, no existe falta de motivación.

Por consiguiente, debe desestimarse la petición de nulidad de pleno derecho del acuerdo de Pleno basada en pretendida falta de motivación.

Badajoz, julio de 2015