



## ASUNTO: ORGANIZACIÓN/INCOMPATIBILIDADES

**Compatibilidad de concejal no liberado con actividad como Arquitecto firmando proyectos y trabajos tramitados ante el Ayuntamiento.**

**269/2015**

E

\*\*\*\*\*

### **INFORME**

#### **I. ANTECEDENTES DE HECHO.**

*Escrito de la Alcaldía de XX, en el que manifiesta que "un Concejal del Ayuntamiento, que forma parte del equipo de gobierno, miembro de la Junta de Gobierno, y que no está liberado ni sometido a ningún régimen de dedicación parcial, a la vista de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Incompatibilidades ¿puede desarrollar su actividad profesional como arquitecto, en el término municipal del que es Concejal, firmando proyectos y trabajos a particulares que son posteriormente tramitados ante el Ayuntamiento?*

*En la actualidad ocupa responsabilidades en Área de Hacienda, Obras, Urbanismo y Tráfico.*

*En el caso de que le sea de aplicación el artículo 5º.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades el Personal al Servicio de las Administraciones Públicas "Por excepción, el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño de los cargos electivos siguientes:*

---



*b) Miembros de las Corporaciones locales, salvo que desempeñen en las mismas cargos retribuidos en régimen de dedicación exclusiva" ¿Cómo se debe actuar en el caso de que se presente un proyecto firmado por él, siendo miembro de la Junta de Gobierno que autoriza la licencia?"*

## **II. LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas (LIPAP).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).
- Real Decreto 2568/86, de 26 de noviembre, que aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de los entes locales (ROF).

## **III. FONDO DEL ASUNTO**

**PRIMERO.-** La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas (LIPAP), no resulta aplicable a los Concejales ya que el artículo 73.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), además de que es posterior, se remite expresamente a la legislación electoral en materia de incompatibilidad de los miembros de las Corporaciones locales. Así, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), en el Título III, relativo a disposiciones especiales para la elecciones municipales, establece en el artículo 178 las causas de incompatibilidad con la condición de Concejales, siendo su objetivo garantizar la objetividad, imparcialidad, eficacia y transparencia en el desempeño del cargo de Concejales, preservándole de influencias

---



ajenas al interés público que pudieran contaminar la toma de decisiones.

Así las cosas, para la resolución de la cuestión planteada, debemos centrarnos en el régimen de la posible compatibilidad del miembro corporativo en cuestión, partiendo para ello del análisis del contenido del mencionado artículo 178 LOREG, sin perjuicio de considerar, asimismo, como causas de incompatibilidad las causas de inelegibilidad previstas en el artículo 6 de la mencionada norma:

*"1. Las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior, lo son también de incompatibilidad con la condición de concejal .*

*2. Son también incompatibles: (...) d) Los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes..."*

Vemos, pues, que el apartado 2 del artículo 178 LOREG establece claramente en los términos previstos en su redacción que el hecho de ser contratista o subcontratista de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes, es causa de incompatibilidad, pero sólo en dichos casos.

La Junta Electoral Central (JEC) en Acuerdo de 30 de junio de 2011 recuerda que es doctrina reiterada que no existe incompatibilidad con la condición de concejal si el interesado no se incorpora a la plantilla de personal del Ayuntamiento, ni tampoco cuando se trate de obras de corta duración y financiadas con fondos ajenos al Ayuntamiento, siempre que no se convierta en contratista de la Corporación local.

Por su parte, en su Acuerdo de 15.09.2011 con cita de la Sentencia de la Sala 3ª del TS de 26.04.2002 la JEC recuerda 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.

Por otra parte, en relación con la prohibición de contratar del artículo 60.1.f) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), haremos referencia a la Sentencia del TS de 31.05.2004, en la cual se señala que:

IV. *"A los concejales les es aplicable la prohibición de contratar establecida en el artículo 20.e) LCAP, en cuanto cargo electivo de la Corporación municipal. Y con ello, es verdad, la ley pretende evitar que, al mismo tiempo, se ejerza dicho cargo y se ostente la condición de contratista en una relación contractual con la Corporación local a la que pertenece, y en la que, lógicamente, se darán las situaciones de intereses contrapuestos propias de los contratos bilaterales. Pero también se establece la prohibición para evitar que exista, en realidad o en apariencia, un aprovechamiento del cargo para obtener la adjudicación del contrato. En puridad de principios, no estamos ante una incompatibilidad sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de «moralidad pública» para dar solución a los posibles conflictos de intereses, entre los públicos que representa el Ayuntamiento a que se pertenece como concejal y los propios o privados; o, dicho en otros términos, la imposibilidad que resulta del precepto legal alcanza al concejal no sólo para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones en una relación contractual ya constituida con la Corporación local propia, sino, incluso, para la adquisición de la condición de contratista, pues se trata, asimismo, de garantizar que no existe un aprovechamiento del cargo para obtener el contrato en detrimento de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que rige la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas. Por consiguiente, ha de considerarse que, en materia de contratación, la opción a que se refiere el artículo 178.3 LOREG ha de ejercitarse, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato, no después de la notificación de ésta o de haber sido «elegido para el puesto de trabajo»".*

---



**SEGUNDO.-** En efecto, hemos de destacar que estamos hablando de situaciones que limitan o modulan el ejercicio de un derecho fundamental, el derecho de sufragio pasivo y, por lo tanto, deben de interpretarse siempre restrictivamente. En este sentido, podemos hacer referencia a la Sentencia del TS de 26.04.2002, a la que hemos realizado alusión en el apartado anterior del presente, en la que se cita doctrina del TC en el sentido señalado al decir que:

II. *"...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.*

III. *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 intereses 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".*

A mayor abundamiento, la Sentencia del TSJ de Extremadura de 7.05.2002 que, en relación a un cargo importante en una empresa contratista se dice:

III. *"A este respecto en la Sentencia del TS de 16 de febrero de 1998, resolviendo la concurrencia de la causa de incompatibilidad que nos ocupa respecto a un concejal que era el director gerente de la empresa suministradora de energía eléctrica del Ayuntamiento, se afirmó que "las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en tanto en cuanto son excepciones o al menos desviaciones*

---



*de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido, de suerte que, siendo este el principio general, si el artículo 178 de dicha Ley Orgánica se refiere a los "contratistas o subcontratistas", no cabe extender la causa de incompatibilidad a quienes no lo son en realidad, por alta que sea su función en la empresa de que se trate". Por tanto, la condición de administrador en el demandante no puede incardinarse en el concepto de contratista o subcontratista establecido en la LO 5/1995, sino más bien su condición de socio, que por no ser tampoco única o en exclusiva, ofrece a esta Sala dudas en consideración a los anteriores argumentos".*

**TERCERO.-** A pesar de que de la jurisprudencia del orden contencioso administrativo consultada (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1984 –RJCA 1984\139– y del Tribunal Superior de Justicia de Canarias –RJCA 1998\3504–) se deduce la inexistencia de incompatibilidad entre el ejercicio de la profesión de arquitecto en el término municipal y el desarrollo del cargo representativo como concejal en el mismo término, si bien se tiene que advertir que el Código penal vigente en el artículo 441, dispone: *"La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a cinco años."*

Supuestos similares al que hemos consultado ahora han obtenido pronunciamientos divergentes en el orden penal, de los que constituyen buena muestra las sentencias del Tribunal Supremo de 4 y 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9225 y RJ 1998\10329, respectivamente).

---



Y todo esto, sin perjuicio que, en aplicación de lo que disponen los artículos 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, y los artículos 21 y 96 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de los entes locales, el concejal de Hacienda, Obras, Urbanismo y Tráfico, como asistente y miembro de la Junta de Gobierno, se tendrá que abstener y ausentarse de la Sala cuando se delibere y se someta a votación del órgano un expediente de petición de licencia de obras, en el que haya –como profesional–elaborado el proyecto.