



ASUNTO: /

Compatibilidad de Cargo de Concejal sin dedicación exclusiva con la contratación por el Ayuntamiento con cargo al programa primero del Decreto 153/2010, empleo de experiencia (Duración: 1 año. Jornada 50%).

281/11

E

INFORME

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha 11.10.2011, recibido en esta Corporación Provincial, el 18.10.2011, del Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de XXXX, solicita informe en relación con el asunto epigrafiado.

I. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Constitución Española (CE)
 - Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL)
 - Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG)
 - Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)
-



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

II. FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO.- La cuestión planteada se inscribe materialmente dentro del ámbito del Estatuto de los Concejales como conjunto de derechos y obligaciones que determinan el régimen jurídico del cargo que ocupa. Dicho Estatuto aparece regulado en el Capítulo V, Título V de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en adelante LRBRL, desarrollado desde el punto de vista reglamentario por los arts. 13 y ss del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, en adelante ROF.

En este sentido, el art. 76 LRBRL en relación con el art. 18 ROF, se refieren a las incompatibilidades respecto al cargo de concejal. El régimen de incompatibilidades se refiere a la limitación del ejercicio de determinados derechos como ejercer una profesión o desempeñar un puesto de trabajo, o participar en procedimientos de adjudicación de contratos u obtención de subvenciones.

Específicamente, en cuanto a las limitaciones de los Concejales para desempeñar un puesto de trabajo, se regulan estas en el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General que, específicamente, respecto al personal al servicio del Ayuntamiento, establece que es incompatible con la condición de Concejal desempeñar el puesto de trabajo de Director de Servicio, o tener la condición de empleado público en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él.

Para poder declarar dicha incompatibilidad, exige la condición genérica de "*empleado público*", y este es definido por el art. 8 EBEP, como:



“1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.

2. Los empleados públicos se clasifican en:

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

Por tanto, este sistema lo que prohíbe es la concurrencia de esas dos situaciones (concejal y empleado municipal) pero no la participación en procedimientos selectivos para la obtención de una plaza de personal funcionario o la contratación como personal laboral, pues de este modo ha de entenderse la necesidad de opción sobrevenida en el presente caso, es decir, no por la obtención de la condición de cargo público sino de la de personal al servicio de la Administración en la que se ostenta dicho cargo.

SEGUNDO.- Así y sobre este particular, recordemos que la doctrina de la Junta Electoral Central, ha considerado que la incompatibilidad con el cargo de Concejal afecta a todo el personal en activo del Ayuntamiento, cualquiera que sea el régimen jurídico de su relación con la Corporación local (*Acuerdo de 12 de abril de 1991*), aplicándose también a las personas contratadas por la Corporación, aunque no sea ésta la entidad que satisfaga sus retribuciones (*Acuerdo de 4 de abril de 1991*), alcanzando incluso esta incompatibilidad a los trabajadores contratados por el Ayuntamiento para trabajar con cargo a una subvención concedida en virtud de un acuerdo de colaboración entre INEM-Corporaciones Locales (*acuerdo de 27 de enero de 1992*), reiterando en el acuerdo de 15 de junio de 1992, que, a efectos de esta incompatibilidad de Concejal con la de contratado laboral por la Corporación, es indiferente si es ésta la entidad que abona la retribución y si el interesado es o no personal de plantilla, materia de la que también se ha ocupado el Tribunal



Supremo que en su *Sentencia de 24 de febrero de 1995*, considera que la contratación laboral de un Concejal, pese a la incompatibilidad existente, puede ser constitutiva de delito de prevaricación, sin que sea aceptable la alegación de que la contratación fue sugerida o propuesta por el INEM., y por último la *STS Sala 3ª de 26 abril 2002* determina al respecto, 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.

A la vista de lo anterior, aun cuando no desconocemos a las dificultades que en los pequeños municipios plantea esta incompatibilidad, lo cierto es que existe un conflicto, desde el punto de vista legal y posiblemente desde el ético-político (si hubiese un aprovechamiento en su propio beneficio de su condición de Concejal), que, ha de resolver la Corporación, conforme previene el artículo 10 del ROF.

TERCERO.- No obstante lo anterior, nada impide al Concejal/a concurrir al proceso selectivo convocado por el Ayuntamiento, para acceder en condiciones de igualdad con el resto de aspirantes, al empleo público de que se trate, pero una vez hecha la selección y efectuada la contratación del/la concejal/a se produciría, en su caso, la situación de incompatibilidad, debiendo en este caso el Pleno proceder de acuerdo con lo establecido en el meritado artículo 10 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, a cuyo tenor :

"1. Los concejales y diputados deberán observar en todo momento las normas sobre incompatibilidad y deberán poner en conocimiento de la Corporación cualquier hecho que pudiera constituir causa de la misma.

2. Producida una causa de incompatibilidad y declarada la misma por el Pleno corporativo, el afectado por tal declaración deberá optar, en el plazo de los diez días siguientes a aquél en que reciba la notificación de su incompatibilidad, entre la



renuncia a la condición de concejal o diputado o el abandono de la situación que de origen a la referida incompatibilidad.

3. Transcurrido el plazo señalado en el número anterior sin haberse ejercitado la opción se entenderá que el afectado ha renunciado a su puesto de concejal o diputado, debiendo declararse por el Pleno corporativo la vacante correspondiente y poner el hecho en conocimiento de la Administración electoral a los efectos previstos en los artículos 182 y 208 de la Ley Orgánica 5-1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General."

Consecuencia de ello, es que mientras no se declare expresamente por el Pleno municipal, no existe jurídicamente la incompatibilidad (*Acuerdo de la Junta Electoral Central de 13 de junio de 1995*). Los artículos 178.3 de la LOREG y 10 del ROF señalan que «*cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar...*». La Junta Electoral Central, en reiteradas Resoluciones (*23 de mayo de 1983, 22 de septiembre de 1986, 14 de abril de 1989, 12 de abril de 1991, 16 de febrero de 1995, 22 de enero de 1996...*) ha manifestado que la declaración de incompatibilidad con el cargo de Concejal es competencia del Pleno Municipal, a tenor del artículo 10 ROF, y por tanto, no de la Administración Electoral, que únicamente manifiesta su interpretación de la normativa electoral.

Por último, en cuanto a la sesión plenaria en que debe declararse en su caso, la incompatibilidad, es aceptado de forma mayoritaria por la doctrina que no caben actuaciones automáticas e inminentes respecto a la declaración de incompatibilidad, pues debe garantizarse el derecho constitucional a la audiencia del interesado (artículo 105 c) de la Constitución. Por tanto corresponderá al Pleno del Ayuntamiento conforme al citado artículo 10 del ROF declarar, en su caso, dicha incompatibilidad en cualquier sesión posterior a la de la concurrencia del supuesto de incompatibilidad, en los términos del meritado artículo 10.

En **CONCLUSIÓN**, consideramos que en el supuesto que se somete a consideración e informe, de producirse la selección de la persona que ocupa el cargo de concejal, para ocupar el puesto convocado con cargo al Decreto 153/2010, sobrevendría al mismo causa de incompatibilidad, que tendría que



dilucidarse conforme a la normativa reseñada, pues en nuestra opinión, la condición de concejal es incompatible con la condición de personal activo del Ayuntamiento, sea como funcionario sea como personal laboral, y este aunque el contrato laboral, lo sea temporal, indefinido, a tiempo completo o parcial

Por lo demás, consideramos que es el momento adecuado, para cuando se estudie el nuevo Pacto Local y a su través, se de nueva configuración al Estatuto de los Miembros de las Corporaciones Locales, el que los políticos de los pequeños municipios planteen, a través de sus partidos o de las asociaciones de municipios a las que pertenezcan, el problema que se les plantea y la discriminación que sufren sus vecinos para ser Concejales por el hecho de ser trabajadores desempleados, pequeños comerciantes y profesionales y el Ayuntamiento un potencial (tal vez el mayor) empleador a través de los programas sociales o consumidor o usuario en establecimientos comerciales y de servicios de especialistas de diferentes oficios.

Este es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo solicitado por el Ayuntamiento de XXXX que en uso de sus competencias resolverá lo pertinente.

Badajoz, 25 de octubre de 2011
