

Por el Ayuntamiento de _____ se solicita informe relativo al régimen de incompatibilidades aplicable a un miembro de la corporación.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de _____ solicita al Servicio de Asesoramiento y Asistencia a Entidades Locales (SAAEL, en adelante) informe jurídico en relación al régimen de incompatibilidades aplicable a un concejal del ayuntamiento. El supuesto se plantea tras la renuncia de una concejala, iniciándose el procedimiento correspondiente para su sustitución. En dicho procedimiento, la Junta Electoral Central expide credencial a favor del candidato correspondiente, que resulta estar contratado por el ayuntamiento, en las condiciones que se detallan a continuación.

Se trata de un contrato como peón de servicios múltiples, con cargo al Plan Activa Empleo Local 2022 (financiado por la Diputación Provincial en un 85%, aportando el ayuntamiento el 15% restante). La duración del contrato es de seis meses, y el procedimiento de selección se realizó por el Servicio Extremeño de Empleo, fijando el orden de prelación en función de la mayor antigüedad en la demanda de empleo entre todos los aspirantes que reunieron las condiciones.

Ante esta situación, se plantea la duda de si concurre causa de incompatibilidad del candidato en virtud del artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), atendiendo a diversos acuerdos de la Junta Electoral Central y dadas las características del contrato.

A los anteriores antecedentes, y solicitado informe por órgano competente, le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El régimen jurídico de aplicación se encuentra en las siguientes normas:

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 (Ratificada el 20-01-1988) (CEAL).
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).
- Real Decreto 2568/86, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).
- Resolución de 7 de febrero de 2022, de la Consejera, por la que se ordena la publicación en el Diario Oficial de Extremadura del Acuerdo de 26 de enero de 2022, del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, por el que se aprueba el Programa de Colaboración Económica Municipal de Empleo 2022.

SEGUNDO.- Con arreglo al artículo 178.2.b) de la LOREG, son incompatibles con la condición de concejal, entre otros, *“los funcionarios o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento”*. Este artículo refleja genéricamente el régimen de incompatibilidades, cuya aplicación práctica ha permitido la matización de su alcance, plasmada en los criterios fijados tanto por el Tribunal Supremo como por la Junta Electoral Central.

En esta materia, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 26 de abril de 2002, ya señaló que: *“(…) 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.”

TERCERO.- En relación con el supuesto planteado, resulta especialmente interesante la STS de 28 de mayo de 2020, alguno de cuyos fundamentos jurídicos más relevantes se recogen a continuación:

“Quinto.- (...) La solución contraria a la expuesta, interpretando extensivamente dichas causas de incompatibilidad o de ilegitimidad, previstas en la LOREG, nos conduciría a la lesión del indicado art. 23.2 de la Constitución, que consagra el derecho de acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, pues se compromete y contraviene este derecho fundamental cuando los supuestos de incompatibilidad se extienden o se proyectan a supuestos no comprendidos expresamente por la norma. (...)

Sexto.- La condición de concejal resulta incompatible, según la causa que contiene el art. 178, apdo. 2.b), LOREG, con la condición de "funcionario o restante personal en activo del respectivo Ayto. y de las entidades y establecimientos dependientes de él".

El supuesto de hecho de la citada norma, a cuya concurrencia se liga la incompatibilidad controvertida, y cuyo alcance configura la cuestión de interés



casacional, es la de tener la condición de "funcionario o de restante personal en activo", además de la de concejal.

La interpretación de la indicada norma del art. 178.2.b) de la LOREG ha de hacerse conjuntamente con lo que señala en el art. 178.4 de la misma Ley, pues entre ambas se aprecia una correspondencia inescindible. Así, el citado art. 178.4 de la LOREG dispone, como antes señalamos y ahora insistimos, que dicha causa de incompatibilidad referida a "funcionario o empleado" deberá optar, y si lo hiciera por el cargo de concejal, pasará a la "situación de servicios especiales o subsidiariamente a la prevista en sus respectivos convenios que en todo caso ha de suponer reserva de su puesto de trabajo".

El vínculo entre ambas normas, art. 178.2.b) y 178.4 pone de relieve que resulta incompatible el cargo de concejal con los siguientes empleos públicos: a) funcionario, b) personal en activo.

Pues si así fuera debe, tras optar entre cualquiera de ellos con el de concejal, pasar, cuando es funcionario a la situación administrativa de servicios especiales, y si se trata de personal laboral, debe pasar a la situación prevista en sus respectivos convenios que, en todo caso, ha de suponer reserva de su puesto de trabajo. Lo que ya pone de manifiesto, s no una inamovilidad, sí una cierta permanencia, duración y estabilidad en el desempeño del puesto.

*En este caso, resulta evidente que la ahora recurrente no es funcionario público pues es personal laboral temporal, en concreto es técnico de turismo, que desempeña un puesto de trabajo que desde luego NO tiene el carácter de estable, pues tiene una duración total de 180 días... Pero la temporalidad de 180 días no se corresponde con el tenor del indicado art. 178.4, cuando se refiere a la situación en la que debe quedar ese personal según sus respectivos convenios **con reserva de puesto de trabajo "en todo caso"**. (...) Además, dicha temporalidad difícilmente podría conjugarse con la exigencia de que se trate de "personal en activo", como demanda el propio art. 178.2.b) de tanta cita.*



*En definitiva, cuanto llevamos expuesto impide que podamos incluir en la expresada causa de incompatibilidad a quien desempeña un puesto de trabajo como **personal laboral de carácter temporal, por 180 días, no estable, financiado con fondos ajenos al municipio, salvo que hagamos una interpretación extensiva de dicho supuesto de incompatibilidad**, que, como antes adelantamos en el fundamento anterior y ahora reiteramos, está proscrita en estos supuestos, según la doctrina del TC y la jurisprudencia de este TS.*

*Conviene insistir que en la medida en que las causas de incompatibilidad, que prevé la LOREG, constituyen excepciones a los criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas, por tal razón, de modo restringido. En este punto, además, hay que recordar que, desde luego, **el régimen de incompatibilidades, con carácter general, pretende salvaguardar la objetividad e imparcialidad en el desempeño de la función pública. Sin que advirtamos ninguna colisión en este caso, a tenor de la falta de una justificación adecuada al respecto**".*

Si bien se refiere esta sentencia a un puesto de trabajo como técnico de turismo, bien pueden extrapolarse sus criterios al supuesto que nos ocupa (correspondiente a un puesto de peón de servicios múltiples, con una relación laboral de carácter temporal y duración determinada de seis meses).

CUARTO.- En este mismo sentido, el criterio de la Junta Electoral Central, se expone, entre otros, en el Acuerdo núm. 534/2019, de 1 de julio de 2019, cuyo punto tercero resume la doctrina al respecto, señalando: *“en relación al supuesto de incompatibilidad previsto en el artículo 178.2.b) de la LOREG, esta Junta tiene reiteradamente declarado que incurre en dicha situación el concejal que preste sus servicios como funcionario o personal de la propia corporación local o en alguna de las entidades y establecimientos dependientes de la misma. Sin embargo, no existe incompatibilidad si el interesado no se incorpora a la plantilla de personal del Ayuntamiento, ni tampoco cuando se trate de obras de corta duración financiadas con fondos ajenos al Ayuntamiento, siempre que no se convierta en contratista de la corporación local, supuesto éste incompatible conforme a lo dispuesto en el artículo*



178.2.d) de la LOREG (Ac de 2 de junio, 10 de noviembre de 2005, de 27 de septiembre, de 25 de octubre, de 8 de noviembre de 2007, de 12 de noviembre de 2009 y de 22 de marzo de 2017, entre otros)”.

En este mismo sentido han sido dictadas numerosas sentencias, resultando especialmente gráfica en el ámbito del presente informe la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, nº 689/2005, de 18 de julio (confirmada doctrina de esa misma sala andaluza en sentencias posteriores) que declara que: *“...la condición de trabajador de AEPSA (antiguo PER) no es incompatible con el cargo de concejal puesto que dicho trabajador no está incorporado a la plantilla del Ayuntamiento por el hecho de que se contrate a través de AEPSA. Es más, la selección del trabajador en concreto no corresponde al Ayuntamiento, sino al INEM, y por tanto la capacidad de decisión en la selección de la Corporación de la que forma parte el concejal no se deduce de la forma legal de contratar.”*

En dicha sentencia la Sala andaluza declara que no concurre la totalidad de los presupuestos exigidos por el artículo 178 de la LOREG, sin que se pueda presumir una contaminación de la toma de decisión municipal en la realización de los trabajos para los que ha sido contratado el concejal.

En el presente caso de _____, la selección se efectúa por el Servicio Extremeño de Empleo y el trabajador no se incorpora a la plantilla municipal, por tratarse de un contrato subvencionado (con cargo al Programa Activa Empleo 2022), de corta duración temporal (seis meses, en concreto), cuya finalidad es la realización de las funciones de peón de servicios múltiples. Por ello no parece que concurra conflicto alguno de intereses con la condición de concejal. Recordemos que dicha sentencia es proclive a que no se declaren incompatibilidades a partir de interpretaciones extensivas, pues ello colisiona con el derecho fundamental de todo ciudadano y cargo electo, en los términos fijados en el artículo 23 de la Constitución Española.

Por ello, y dado que, como ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia, las incompatibilidades no pueden interpretarse de forma extensiva, cercenando los derechos



fundamentales del artículo 23 de la CE, se concluye que la incompatibilidad no se produce en los casos en que, como el que nos ocupa, el interesado no se incorpora a la plantilla de personal del ayuntamiento (lo que no sucede en programas temporales de corta duración y subvencionados), y no existe un conflicto de intereses, en los términos que para definir dicho concepto jurídico indeterminado usa el artículo 11 apartado 2º de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, que aplicamos por analogía. Realmente, el espíritu del artículo 178 de la LOREG era evitar conflictos de intereses, y así debe realizarse una interpretación teleológica de tal precepto, según el artículo 3 del Código Civil.

Respecto de éste último punto, son a nuestro juicio, acertadas las consideraciones de la citada STSJ de Andalucía, cuando expone que: “**SEGUNDO.- (...)** *La doctrina de la sentencia de este Tribunal de 22 de abril de 1993 que cita in extenso la recurrida no es aplicable al presente supuesto porque, en el presente caso, no se trata de funcionario o de personal laboral con empleo estable en el Ayuntamiento, ya que las Escuelas-Taller tienen una vocación temporal y, por ello, en ningún caso sería de aplicación la posibilidad prevista en el apartado 4º del artículo 178 LOREG respecto a pasar a la situación de servicios especiales y, en cualquier caso, siempre con la reserva de puesto trabajo.*

Es cierto que la cuestión central es la determinación de la dependencia del Ayuntamiento de las entidades o establecimientos que hace a sus directores y personal incompatibles con el desempeño de cargo de concejal, cuestión muy relacionada, en este caso, con la naturaleza de las Escuelas-Taller...

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 TC 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.

TERCERO.- Como vemos, además de existir una interpretación restrictiva de las causas de incompatibilidad, **lo esencial es el grado de dependencia entre ayuntamiento y trabajador contratado a los efectos de juzgar presente la incompatibilidad que se alega.**

En el caso enjuiciado, y como afirmó la Junta Electoral Central en otras resoluciones que cita el Ayuntamiento apelante (resoluciones de 25 de octubre y 8 de noviembre de 1999), la condición de trabajador de AEPSA (antiguo PER) no es incompatible con el cargo de concejal puesto que dicho trabajadora no está incorporado a la plantilla del Ayuntamiento por el hecho de que se contrate a través de AEPSA. Es más, la selección del trabajador en concreto no corresponde al Ayuntamiento, sino al INEM, y por tanto la capacidad de decisión en la selección de la Corporación de la que forma parte el concejal no se deduce de la forma legal de contratar.

En consecuencia falta la dependencia exigida por el art. 178 de la LOREG, y no se puede presumir una contaminación en la toma de decisión municipal en la realización de los trabajos para lo que ha sido contratado el concejal, pues no consta que fuera la única persona de la lista del INEM contratada para unos trabajos que exigieran su exclusiva contratación. No existe apariencia de perturbación de los intereses públicos municipales por el hecho de resultar contratado...”



QUINTO.- Con arreglo a todo lo expuesto, y atendiendo al principio de interpretación restrictiva y **dado que el puesto de trabajo corresponde a personal laboral de carácter temporal**, (por apenas 180 días, no estable), **la apreciación de incompatibilidad exigiría** una interpretación extensiva del supuesto de incompatibilidad, proscrita por la doctrina del TC y la jurisprudencia del TS.

El concejal desempeña un puesto de trabajo sin carácter estable, pues tiene una duración total de apenas 180 días, y cuya retribución depende de una subvención. La temporalidad de los apenas 180 días no se corresponde con el tenor del art. 178.4 LOREG, cuando se refiere a la situación en la que debe quedar ese personal según sus respectivos convenios con reserva de puesto de trabajo "en todo caso".

Así, **con arreglo a la información remitida, en el presente caso de _____ no se aprecian** (a priori y sin perjuicio de lo indicado en el punto siguiente) las circunstancias que permitan apreciar la incompatibilidad. Y ello porque, según la jurisprudencia indicada del TS **la clave es que el trabajador no se incorpore a la plantilla municipal**, y en el caso de estas contrataciones **el objetivo es más el fomento del empleo en general en la provincia** (así como otros intereses supramunicipales de interés comunitario), **que las propias necesidades estructurales de la administración municipal en cuestión.**

SEXTO.- En definitiva, a tenor de todo lo dicho, el pleno de la corporación, **UNA VEZ QUE SE HAYA PRODUCIDO LA TOMA DE POSESIÓN** (no anteriormente, con carácter preventivo) será el órgano competente para apreciar si concurre o no causa de incompatibilidad respecto a la condición de concejal del Ayuntamiento de _____, cuando se cumplan los siguientes requisitos: que el trabajador no forme parte de la plantilla municipal, esté vinculado con el Ayuntamiento mediante un contrato de trabajo de carácter temporal de corta duración, financiado o subvencionado por una entidad externa, circunstancias que parecen darse en el presente supuesto.



No obstante, se insiste, estas reglas generales no obstan para que la propia Corporación municipal en pleno pueda valorar otras circunstancias particulares del supuesto en concreto (y que no han sido remitidas a este SAEEL, que no tienen más datos que los aportados por escrito por el ayuntamiento), al objeto de determinar la existencia o no de causa incompatibilidad, y que, de concurrir, conllevaría la obligación del afectado de optar entre renunciar a su condición de Concejal o abandonar la situación que ha dado origen a la misma, extinguiendo su relación laboral que le vincula con el Ayuntamiento.

No es posible que con carácter preventivo se aprecie una causa de incompatibilidad, puesto que de producirse ésta debe declararse por el pleno a la vista de unos hechos consumados. Y será en virtud de estos hechos cuando, de declararse la incompatibilidad, se le obligará al concejal citado a que opte por el cargo de concejal o por el puesto en cuestión, empleo público temporal que no se integra en la plantilla de personal.

Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que si pudiera declararse la incompatibilidad con carácter previo-preventivo y, por esa razón, se imposibilitase al concejal realizar el contrato de trabajo, se le estaría privando de su derecho de opción entre el cargo de concejal o el puesto de trabajo. A tenor de lo dispuesto en el artículo 10 del citado ROF, tal opción deberá ejercerse por el concejal en cuestión únicamente si el pleno declarara la incompatibilidad, a la vista de los hechos que en la circunstancia concreta concurren, y tenidas en cuenta todas las consideraciones jurídicas que a lo largo del presente informe se manifiestan.

SÉPTIMO.- Por ello, las cuestiones de incompatibilidad han de ser resueltas por el pleno una vez que se produzcan. Conforme al artículo 10 del citado ROF, producida la causa de incompatibilidad, debe instruirse el correspondiente expediente, en el que será ineludible el trámite de audiencia al concejal interesado, a tenor de lo previsto por el artículo 82 de la LPACAP. Por ello, no caben actuaciones automáticas e inminentes, especialmente porque la declaración de incompatibilidad que acuerde, en su caso (y tras el trámite de audiencia preceptivo), el pleno debe ser notificada en el plazo



de 10 días al afectado, para que así pueda optar entre la renuncia a la condición de concejal y el abandono de la situación que da origen a la supuesta incompatibilidad (tal y como se pronuncia expresamente, a este respecto, el acuerdo de la J.E.C. de 15 de junio de 1992)

De esta forma, vistos los anteriores antecedentes y fundamentos jurídicos, los que suscriben elevan las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El artículo 178.2 de la LOREG dispone con carácter general que la condición de concejal es, a priori, incompatible con el desempeño de cualquier puesto de trabajo en el ayuntamiento. No obstante lo anterior, la interpretación dada por el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 28 de mayo de 2020 y de 26 de abril de 2002, permite matizar el régimen de incompatibilidades en determinadas condiciones.

Así, en el supuesto planteado por el Ayuntamiento de _____ no se aprecia causa de incompatibilidad, por concurrir las siguientes condiciones:

- se trata de un puesto de trabajo sin carácter estable (pues tiene una duración total de apenas 180 días),
- su retribución es financiada en un 85% con fondos ajenos al ayuntamiento (un programa de la Diputación Provincial),
- la finalidad del programa de contratación se dirige más al fomento del empleo y a otros intereses supramunicipales de interés comunitario, que a satisfacer las propias necesidades estructurales del ayuntamiento,
- no supone la incorporación del trabajador a la plantilla del ayuntamiento, al no tratarse de funciones de carácter estructural.

SEGUNDA.- Mientras permanezca en ejercicio en el puesto de trabajo en el Ayuntamiento, el concejal deberá ser especialmente cuidadoso con el cumplimiento del deber de abstención previsto en el art. 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en aras de no incurrir en causas de invalidez en los actos que emanen de la municipalidad.