



DIPUTACIÓN DE CÁCERES
ÁREA DE HACIENDA Y ASISTENCIA A ENTIDADES LOCALES

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

ANTECEDENTES

La Alcaldesa del 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 una Concejala del Ayuntamiento:

“PRIMERO: Este Ayuntamiento se dispone a contratar a una persona a través del Plan Activa Cultura Deporte por un plazo de seis meses y veinte horas semanales.

SEGUNDO: El proceso de selección se realizó a través de una solicitud al servicio extremeño público de empleo, el cual nos remite el listado ordenado.

TERCERO: Tras el llamamiento por orden de las personas seleccionadas, la primera persona rechaza el puesto, por lo que la siguiente persona en el listado es una concejala del ayuntamiento de _____ (sin dedicación).

CUARTO: La plaza que se pretende cubrir es la de Auxiliar de Biblioteca, la cual se encuentra dentro de la Plantilla de Personal de la entidad, publicada en el boletín oficial de la provincia el jueves 28 de julio de 2022, junto con la aprobación definitiva de los presupuestos 2022.

QUINTO: La plaza a cubrir mediante el Plan Activa Cultura Deporte está cofinanciado por fondos del Ayuntamiento en un 33%.

Por todo ello se solicita que nos aclaren si la concejala en cuestión puede aceptar el puesto de auxiliar de biblioteca, sin incurrir en las causas de incompatibilidad según el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.”



DIPUTACIÓN DE CÁCERES
ÁREA DE HACIENDA Y ASISTENCIA A ENTIDADES LOCALES

Se trata de un contrato como Auxiliar de Biblioteca, con cargo al Plan Activa Cultura Deporte 2023 (BOP núm. 225, de 24 de noviembre de 2022), financiado por la Diputación Provincial en un 75% y aportando el ayuntamiento el 25% restante, al tener el municipio una población inferior a 2.500 habitantes.

La plaza que se pretende cubrir es la de Auxiliar de Biblioteca, la cual se encuentra dentro de la Plantilla de Personal de la entidad, publicada en el boletín oficial de la provincia el jueves 28 de julio de 2022, junto con la aprobación definitiva de los presupuestos 2022.

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).



DIPUTACIÓN DE CÁCERES
ÁREA DE HACIENDA Y ASISTENCIA A ENTIDADES LOCALES

- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LO-REG).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LR-BRL).
- 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 LO-REG, 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 objetivi-*



dad, 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.



DIPUTACIÓN DE CÁCERES
ÁREA DE HACIENDA Y ASISTENCIA A ENTIDADES LOCALES

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, si 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.



DIPUTACIÓN DE CÁCERES
ÁREA DE HACIENDA Y ASISTENCIA A ENTIDADES LOCALES

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.

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*



DIPUTACIÓN DE CÁCERES
ÁREA DE HACIENDA Y ASISTENCIA A ENTIDADES LOCALES

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 el presente caso de _____, la selección se efectúa por el Servicio Extremeño de Empleo, pero el puesto se encuentra dentro de la Plantilla de Personal de la entidad. Por ello concurre conflicto 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, aunque la jurisprudencia ha manifestado reiteradamente, las incompatibilidades no pueden interpretarse de forma extensiva, cercenando los derechos fundamentales del artículo 23 de la CE, se concluye que la incompatibilidad se produce en los casos en que, como el que nos ocupa, el interesado figura en la plantilla de personal del ayuntamiento y 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.

QUINTO.- 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.

SEXTO.- Con arreglo a la información remitida, en el presente caso se aprecian la circunstancia que permite apreciar la incompatibilidad. Y ello porque, según la jurisprudencia indicada del TS la clave es que el trabajador se incorpore a la plantilla municipal, lo cual sería incompatible con el puesto de Concejala del Ayuntamiento.



DIPUTACIÓN DE CÁCERES
ÁREA DE HACIENDA Y ASISTENCIA A ENTIDADES LOCALES

SÉPTIMO.- 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 forme parte de la plantilla municipal, circunstancia que se da en el presente supuesto.

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 obligará a la Concejala a que opte por el cargo de concejal o por el puesto en cuestión, empleo público que 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.

OCTAVO.- 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 aban-



DIPUTACIÓN DE CÁCERES
ÁREA DE HACIENDA Y ASISTENCIA A ENTIDADES LOCALES

dono 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

ÚNICA.- El artículo 178.2 de la LOREG dispone con carácter general que la condición de concejal es incompatible, a priori, con el desempeño de cualquier puesto de trabajo en el Ayuntamiento. 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, las cuales no se dan en el presente supuesto.

En el supuesto planteado por el Ayuntamiento de _____ se aprecia causa de incompatibilidad, por ser un puesto que se encuentra dentro de la Plantilla de Personal de la entidad, al tratarse de funciones de carácter estructural.