

## **Informe Jurídico: Contrato Laboral con Concejal del Ayuntamiento**

### **ANTECEDENTES**

**Primero.-** El Alcalde del Ayuntamiento de XXXX, con fecha de entrada en esta Diputación el día YYYY, solicita informe jurídico sobre la posibilidad de formalizar un contrato laboral con un concejal del ayuntamiento durante un mes para realizar tareas de mantenimiento, conservación y ayudar en las fiestas, por si concurriera causa de incompatibilidad.

**Segundo.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento del Servicio de Asistencia a Municipios, junto con dicha solicitud no se remite expediente, documentación e informe alguno, dado que se en este momento el titular de la Secretaria esta de baja laboral y no se ha resuelto el procedimiento para la provisión interina del puesto de secretaria durante la situación de la baja.

Sobre los referidos antecedentes han de considerarse los siguientes

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** El presente informe se emite en virtud de lo previsto en el Reglamento de Asistencia Jurídica, Económica y Técnica de los municipios de la provincia de Zamora, publicado en el BOP de Zamora nº 41 de 5 de abril de 2004, que regula el funcionamiento del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Zamora, estableciendo los requisitos y procedimiento para dicha asistencia, dando cumplimiento de este modo a lo dispuesto en el artículo 36.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece que es competencia de las Diputaciones Provinciales la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.

Se han cumplido los requisitos y procedimiento establecidos en dicho Reglamento; en concreto, la petición de informe está suscrita por el alcalde de la entidad local y dirigida al presidente de la Corporación Provincial (art. 13.1).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.2 del citado Reglamento, el informe emitido no será vinculante para la entidad local solicitante.

**Segundo.-** El sistema de incompatibilidades de los Concejales aparece regulado en el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), que engarza directamente con el artículo 23 de la Constitución y que señala que las causas de inelegibilidad de los Concejales son también causas de incompatibilidad; enumerando además otras actividades incompatibles con el cargo de Concejales.

La Ley 7/85 Reguladora de las Bases de Régimen Local por su parte señala en el artículo 73.1 que los supuestos de incompatibilidad de los miembros de la Corporación se regularán en la Legislación electoral. A partir de la entrada en vigor de la Ley estatal 14/2000, se refuerza el régimen de incompatibilidades de los Concejales al quedar sometidos, aunque sólo aquellos que tengan dedicación exclusiva, también a las causas de incompatibilidad de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Así, la causa señalada en el apartado 2 letra b) del art.178 de la LOREG, es categórica en relación con la cuestión formulada:

«Artículo 178 LOREG

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

2. Son también incompatibles:

b) Los Directores de Servicios, funcionarios o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él.

Y su régimen, será el que determinan los apartados siguientes de mencionado precepto, y por lo que aquí interesa:

“ 3. Cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de Concejales o el abandono de la situación que de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, de origen a la referida incompatibilidad.

4. Cuando la causa de incompatibilidad sea la contenida en el punto b), del apartado 2, el funcionario o empleado que optare por el cargo de Concejales 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.

5. Los ciudadanos que sean elegibles, de acuerdo con el artículo 177, apartado 1, de esta Ley, estarán sujetos a las causas de incompatibilidades a que se refiere el presente artículo».

El Tribunal Supremo (Sentencia de 26 de abril de 2002), siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, ha señalado que las causas de incompatibilidad establecidas en la LOREG, en cuanto son excepciones de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido:

“ para la determinación del alcance de la dependencia a que alude este precepto de la Ley orgánica, han de tenerse en cuenta como señala el TC desde su primera doctrina, el art. 23.2 de la CE consagra el derecho de acceso a los cargos públicos como 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 a 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 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 la función pública de una influencia desviada de 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”

Llegados a este punto no es lo mismo la contratación que se plantea con cargo al presupuesto municipal que las contrataciones objeto de subvención, aunque ninguna de ellas pase a formar parte de la plantilla del Ayuntamiento.

En este sentido la Junta Electoral Central, en Sesión de 06/07/2007 acordó:” Según tiene reiteradamente acordado esta Junta, incurren en causa de incompatibilidad prevista en el artículo 178.2.b) LOREG el personal contratado laboral por la propia Corporación Local, si bien no incurre en dicha incompatibilidad cuando no se integre en la plantilla del Ayuntamiento al que pertenece ni sea éste quien le abona la retribución (Acuerdos de 10 de julio de 2003 y 15 de noviembre de 2004), 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 (Acuerdos de 2 de junio y 10 de noviembre de 2005).”

Además corresponde al Pleno apreciar la incompatibilidad, la misma JEC en sesión de 15/09/2011 “tiene reiteradamente acordado que tanto la declaración de la incompatibilidad con el cargo de Concejal, si procede, como la toma de conocimiento de la opción que el Concejal afectado por una situación de incompatibilidad debe hacer conforme a lo dispuesto en el artículo 178.3 LOREG, son competencia del propio Pleno del Ayuntamiento del que el afectado forme parte, conforme al artículo 10 ROF, sin que la Administración Electoral tenga competencia para examinar el juicio realizado por la Corporación, examen que podrá ser realizado por los órganos jurisdiccionales competentes a instancia de los interesados en el asunto (Ac. De 29 de mayo de 2008, entre otros).”

Compatibilidad que, en un supuesto de contratación subvencionada, no aprecia el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 3999/2010 de 29 Oct. 2010, Rec. 516/2004, *El cargo de Concejal resulta incompatible por la dependencia de la Escuela Taller respecto del Ayuntamiento. Riesgo de que las actuaciones como concejal del Ayuntamiento pudieran estar influidas por la condición de Director de la Escuela Taller. La permanente actuación municipal con respecto al régimen de financiación de la Escuela Taller abunda en la misma idea de dependencia que hace incompatible el cargo de concejal. Debe prevalecer lo resuelto por los Tribunales de Justicia sobre lo resuelto por la Junta Electoral Central a favor de la compatibilidad.*

En este caso, aun pretendiéndose una contratación temporal de corta duración, será financiada por el presupuesto municipal ordinario de la entidad local, por lo que podría concurrir la causa de incompatibilidad prevista en el artículo 178.2 b) de la LOREG.

Para ello debemos determinar a quien se refiere el art. 178.2,b LOREG con la expresión “ restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento”. Cuestión para la que debemos tener en cuenta que el art. 8 del texto refundido de la Ley del

Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, clasifica a los empleados públicos en:

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

Unos y otros tienen la condición de personal al servicio de la Administración, aplicándoseles el mismo régimen de incompatibilidad. Así pues, a la vista de cuanto ha quedado expuesto deberá ser el propio Pleno del Ayuntamiento, conforme a lo dispuesto en el art. 10.2 del ROF, quien tras valorar la situación y circunstancias concurrentes en el caso concreto que plantea el Ayuntamiento, declare la compatibilidad o incompatibilidad del trabajador con la prestación de sus servicios para el Ayuntamiento y el desempeño del cargo de concejal.

Por todo ello, y en base a la exposición jurídica aquí enumerada, pueden formularse las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**Única.-** Ante la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, los Acuerdos de la Junta Electoral Central y el literal del propio art.178.2,b) de la LOREG entiendo que puede concurrir incompatibilidad del cargo de concejal y trabajador del propio Ayuntamiento del cual es miembro electo. En todo caso deberá ser el propio Pleno del Ayuntamiento, conforme a lo dispuesto en el art. 10.2 del ROF, quien tras valorar la situación y circunstancias concurrentes en el caso concreto que plantea el Ayuntamiento, declare la compatibilidad o incompatibilidad del trabajador con la prestación de sus servicios para el Ayuntamiento y el desempeño del cargo de concejal.

Zamora a 20 de mayo de 2016

EL SERVICIO DE ASISTENCIA A MUNICIPIOS