Asunto: Incompatibilidad concejal del Ayuntamiento

Solicitante: Ayuntamiento de El Viso

Rª Expte.: 321/2017

Juan Carlos Jiménez Martínez, Letrado Asesor del Servicio de Asistencia Jurídica y Consultoría Técnica de la Diputación de Córdoba, emite el siguiente

INFORME

con arreglo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Por parte del Excmo. Ayuntamiento de El Viso se demanda Informe sobre la posibilidad de contratar, en régimen laboral, a una Concejala de ese Ayuntamiento, en el marco del Programa financiado por la Junta de Andalucía 30+ en la que la totalidad de los fondos son los de la Comunidad Autónoma por plazo de tres meses con oferta genérica al SAE.

NORMATIVA APLICABLE

A los anteriores hechos le es aplicable, entre otras, la normativa contenida en:

- Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio por la que se aprueba el Régimen Electoral General (LOREG, en lo sucesivo)
- Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

FONDO DEL ASUNTO

La LOREG establece en su art. 178.2.b) como causa de incompatibilidad con la condición de concejal a "Los directores de servicios, funcionarios o restante personal activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él".

Antes de nada hay que decir, como ya se ha expuesto en otros informes emitidos por este Servicio Jurídico, que "nuestro régimen local trata de articular el derecho a ejercer cargos públicos representativos (artículo 23.2 de la Constitución) y el derecho al trabajo (artículo 35 de la Constitución), teniendo como objetivo que el acceso a cargos públicos representativos sea neutral respecto a la previa situación laboral del miembro de la Corporación Local. Así, la LOREG establece que una de las causas de incompatibilidad con el cargo público de miembro de una Corporación Local es la de ser funcionario o personal activo en la respectiva entidad (artículo 178.2.b). Para garantizar la

objetividad y neutralidad en su proceder, se trata de evitar el conflicto de intereses que puede sufrir quien simultáneamente es concejal y empleado.

Al respecto, la Junta Electoral Central no ha mantenido una posición uniforme y reiterada (sirvan de ejemplo las opiniones contrapuestas de las resoluciones de 20/06/2003, de 10/07/2003, de 20/01/2004, de 20/03/2009, de 30/06/2011 o de 15/09/2011). Así, en ocasiones estableció que era incompatible ser concejal y percibir salario del Ayuntamiento, aunque fuera con contratos temporales y la financiación proviniera de otros organismos, como el INEM. No obstante, en otras ocasiones, ha mantenido 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 contratos de corta duración y financiados con fondos ajenos al ayuntamiento, siempre que no se convierta en contratista de la Corporación Local.

Ahora bien, y con todos los respetos a la opinión de la Junta Electoral Central, es una máxima en derecho que donde el legislador no distingue no le está permitido hacerlo al intérprete. Por consiguiente, si el legislador en el mencionado artículo 178 de la LOREG declara como incompatible con la condición de concejal, entre otros, la del personal activo del respectivo Ayuntamiento, lo mismo da que lo sea como consecuencia de un contrato de corta o larga duración, subvencionado o no subvencionado.

En este sentido deberemos tener en cuenta que el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público 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 a unos y a otros el mismo régimen de incompatibilidad.

Por lo demás, hay que decir que es reiterada la jurisprudencia que establece la incompatibilidad entre trabajador (sea laboral o funcionario) del Ayuntamiento y la de Concejal del mismo Ayuntamiento (entre otras, las sentencias de los tribunales superiores de Justicia de Andalucía de 30 de octubre de 1998, Rec. 1049/1998; de Canarias de 14 de julio de 2008, Rec. 85/2008).

Recientemente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 29 de junio de 2.010, que advierte que "lo resuelto por los Tribunales

de Justicia debe prevalecer sobre lo resuelto por la citada Junta Electoral" ha anulado una resolución del Ayuntamiento de Sayalonga que acordó declarar la compatibilidad del cargo de Concejal y la participación como alumno-trabajador en un Taller de Empleo.

Entendemos que este es el criterio a seguir -el de la incompabilidad- como así se ha manifestado este Servicio Jurídico en otros informes.

La causa de incompatibilidad se origina desde el momento de la toma de posesión, pues hasta ese momento no adquiere la persona afectada la plena condición del cargo que origina la causa de incompatibilidad.

Para determinar cuál es el procedimiento a seguir, se ha de estar a lo dispuesto en los arts. 178.3 y 4 de la LOREG y 10 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). Conforme a estos artículos, una vez producida la causa de incompatibilidad y declarada la misma por el Pleno el afectado deberá optar.

En cuanto a cuál es el momento procedimental oportuno para declarar la incompatibilidad, desde luego que no es en el del Pleno de la Sesión constitutiva, pues el contenido de esta sesión viene determinado por los arts. 195 de la LOREG y 37 del ROF. Por ello, la declaración de incompatibilidad se realizará en cualquier otro Pleno ordinario o extraordinario que se celebre e incluso se podría incluir como punto del Pleno extraordinario de organización del Ayuntamiento (el del 38 del ROF).

A partir de esta declaración expresa de incompatibilidad el Concejal deberá optar entre la condición de Concejal o la de trabajador del Ayuntamiento en plazo máximo de 10 días, transcurridos los cuales sin efectuar opción se entiende que renuncia a su condición de Concejal. Si así ocurriese en el Pleno siguiente que se celebre se declarará la vacante y se comunicará a la Administración Electoral para que extienda la credencial al siguiente de la candidatura. Si la renuncia al puesto de Concejal es expresa se ha de proceder de la misma forma.

En el supuesto de que se opte por desempeñar el cargo de Concejal, a pesar de que el art. 46 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores dispone que la elección de un cargo público de lugar a la situación de excedencia forzosa, esta situación sólo es predicable respecto de los contratados por tiempo indefinido, sin que resulte aplicable a los contratados temporales (entre otras, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 30 de mayo de 1997). Por ello esta elección determinaría la extinción del contrato de trabajo.

Es cuanto me corresponde informar, advirtiendo que la opinión jurídica recogida en el presente informe se somete a cualquier otra mejor fundada en

Derecho, y no suple en modo alguno a otros informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban de emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Córdoba, a 3 de octubre de 2017

El Letrado Asesor

Fdo.: Juan Carlos Jiménez Martínez