





# **INFORMES JURÍDICOS 2019**

**VICEPRESIDENCIA PRIMERA  
ÁREA DE COOPERACIÓN MUNICIPAL**

**OFICIALÍA MAYOR**

Depósito Legal: BA-519/2021

Imprime: Gráficas Diputación de Badajoz

# ÍNDICE

<b>Prólogo .....</b>	<b>11</b>
<b>Actividades .....</b>	<b>13</b>
• Transmisión de licencia de taxi a favor de persona jurídica .....	15
• Cambio de titularidad de licencia de apertura de instalación en suelo no urbanizable, sin calificación urbanística .....	21
<b>Bienes .....</b>	<b>27</b>
• Adquisición directa de un bien inmueble en su día enajenado a una cooperativa local .....	29
• Petición de vecino de ejercicio por el Ayuntamiento de las acciones del artículo 68 de la ley 7/85, de 2 de abril .....	35
• Utilización de parte de bienes comunales para la creación de un centro de interpretación y observatorio de aves necrófagas .....	43
• Posibilidad de arrendamiento con opción de compra de parcela de naturaleza patrimonial .....	47
• Permuta de bienes patrimoniales por terrenos ocupados por los depósitos de abastecimiento .....	53
• Recurso de reposición contra acuerdo de denegación de acción de recuperación de dominio público .....	59
• Expropiación forzosa de suelo dotacional a requerimiento de los propietarios .....	65
• Otorgamiento de escritura pública de parcela para su posterior inscripción en el registro de la propiedad .....	71
• Vulneración de la ordenanza municipal de policía y buen gobierno que prohíbe circular y estacionar en la vía pública vehículo de gran tonelaje. Responsabilidad del infractor en el deterioro de la vía .....	79

<b>Competencias .....</b>	<b>85</b>
• El alcance de las competencias municipales respecto de inmuebles destinados a centros públicos de educación infantil, primaria y especial .....	87
<b>Contratación pública .....</b>	<b>93</b>
• Posibilidad de secuestro de la concesión del servicio del centro de día y residencia de mayores .....	95
• Posibilidad de prórroga de contrato de gestión de servicios públicos y pago del canon concesional mediante ejecución de obra a cargo del concesionario .....	99
• Baja anormal en procedimiento abierto simplificado abreviado .....	105
• Resolución de contrato de gestión de servicios por declaración del concesionario en concurso de acreedores .....	109
• Acta de comprobación del replanteo. reservas del adjudicatario .....	119
• Posibilidad de modificación de un contrato de concesión de servicios y compensación de deudas .....	129
• Obligatoriedad o no del ayuntamiento de hacerse cargo de deuda contraída por empresa concesionaria del servicio de gestión de la residencia de ancianos y centro de día .....	137
• Nulidad de contrato. prohibición de enriquecimiento injusto .....	139
• Reclamación de mantenimiento del equilibrio económico de contrato de gestión de servicio público .....	145
<b>Convivencia ciudadana .....</b>	<b>157</b>
• Denuncia entre vecinos por molestias procedentes de humos de chimeneas .....	159
<b>Hacienda .....</b>	<b>163</b>
• Prescripción de deudas por ejecución de obras .....	165

<b>Impuestos .....</b>	<b>171</b>
• Liquidación del impuesto de bienes inmuebles a un vecino de su localidad	173
• Recurso de reposición contra liquidación tributaria y solicitud de devolución de ingresos indebidos .....	179
<b>Mancomunidades .....</b>	<b>185</b>
• Modificación de estatutos de mancomunidad .....	187
• Agrupación de municipios y mancomunidad para sostenimiento en común puesto de secretario/a interventor/a .....	195
<b>Organización .....</b>	<b>201</b>
• Cómputo de plazos en la instrucción de expediente sancionador. Interpretación sobre la suspensión de plazos de tres meses para resolver un expediente sancionador .....	203
• Compatibilidad de desempeño de la alcaldía con dedicación parcial con jornada completa en sector publico .....	207
• Compulsas de documentación por parte de secretaría .....	211
• Cuantías máximas que pueden cobrar los concejales en régimen de dedicación absoluta en un municipio con población entre 1.000 y 2.000 habitantes .....	215
• Situación de compatibilidad de nuevo alcalde .....	221
• Compatibilidad del cargo de concejal con puesto de trabajo como personal laboral temporal del ayuntamiento .....	233
• Número de tenientes de alcalde y constitución de la junta de gobierno local	237
• Grabación de sesiones .....	241
• Retribuciones del alcalde y los concejales. Efectos retroactivos .....	249
• Supuestos de incompatibilidad de miembros de la corporación .....	253
• Solicitud de concejal para obtener copia de actas en formato digital de la anterior corporación .....	259
• Acceso de concejal a documentación. necesaria vinculación al ejercicio de su función representativa .....	265

• Prohibiciones para la celebración de contratos administrativos con el cónyuge de una concejala .....	269
• Expediente tramitado para proceder al cambio de denominación del municipio .....	273
• Competencias del pleno y alcaldía en el calendario de las sesiones plenarias. Retribuciones y asistencias. Naturaleza y cuantía. Moción que impulsa el abono de factura por trabajos ejecutados en 2015; ausencia de comprobación material y de imputación al presupuesto vigente. Posible prescripción .....	277
<b>Personal .....</b>	<b>293</b>
• Indemnización por desplazamiento de agentes de policía local en prácticas para la realización del curso de acceso .....	295
• Revisión de condiciones laborales y reconocimiento de tiempo real de trabajo del jefe de la policía local .....	301
• Abono con retroactividad de complemento de destino a dos trabajadoras laborales fijas .....	309
• Contratación urgente de un sepulturero como servicio indispensable .....	319
• Prórroga de la edad de jubilación .....	329
• Revocación de comisiones de servicios a varios policías locales .....	335
• Implantación de la carrera profesional horizontal .....	339
• Indemnización por jubilación anticipada de cuatro policías locales, en base a lo establecido en el real decreto 1.449/2018 de 14 de diciembre, y teniendo en cuenta lo contemplado en el convenio colectivo del personal funcionario del Ayuntamiento .....	345
• Recurso de alzada contra el acuerdo del tribunal de selección desestimatorio de las alegaciones de la recurrente .....	357
• Reconocimiento por el ayuntamiento de la condición de trabajadoras indefinidas no fijas de dos empleadas municipales .....	365
• Propuesta de pase a situación de segunda actividad auxiliar de la policía local .....	369



• Simultaneidad del pase a la situación de servicio activo de varios efectivos de la policía local. pertinencia de convocatoria de plaza de policía local por jubilación antes de que se produzca el hecho causante .....	373
• Convenio colaboración municipal para la prestación del servicio de policía local en las localidades _____ y _____. .....	379
• Finalización convenio para la gestión de centro de día, subrogación de trabajadores y modo de gestión del servicio .....	383
• Procedimiento de elaboración del reglamento regulador de la policía local. Cuestiones relativas al régimen retributivo .....	399
• Posibilidad de retribuir al secretario del ayuntamiento por la realización de trabajos extraordinarios .....	407
• Informe jurídico. sobre las retribuciones del personal de la corporación local incluido en el régimen general de la seguridad social en situación de incapacidad temporal .....	413
<b>Presupuestos .....</b>	<b>419</b>
• Aprobación definitiva de expediente de modificación de crédito realizada en el ejercicio posterior .....	421
<b>Urbanismo .....</b>	<b>425</b>
• Actuaciones municipales en caso de ruina inminente de una edificación ...	427
• Derecho bastante para concesión de licencia urbanística .....	433
• Aprobación definitiva de proyecto de urbanización .....	437
• Asistencia en emisión de informe al plan de despliegue de fibra óptica en el municipio .....	445
• Revisión de oficio de acuerdo de modificación de convenio urbanístico y de colaboración para la implantación de planta solar .....	453
• Reintegro de gastos por ejecución subsidiaria en expediente de ruina con renuncia a la herencia de los herederos .....	463
• Licencia o autorización administrativa para llevar a cabo división horizontal de un inmueble .....	467
• Licencia de obra de una nave en su, vinculada a actividad agrícola .....	473



## PRÓLOGO

Tienen en sus manos el recopilatorio de Informes Jurídicos de la anualidad 2019 consecuencia del trabajo de asistencia y asesoramiento que llevan a cabo los profesionales del Derecho adscritos al Área de Cooperación Municipal, dependiente de la Vicepresidencia Primera de esta Institución provincial, obra que sigue la pauta de ediciones precedentes (la primera publicación data de 2011) y que tiene voluntad de continuidad. Por ello, una vez más, se pone a disposición de todas las Entidades Locales de la provincia este trabajo con una finalidad de servicio, de ser de fuente de información jurídica, no sólo para los operadores del Derecho que concentran su actividad en el mundo local de nuestra provincia, sino para cuantos pudieran estar interesados en esta temática. La experiencia ha evidenciado la utilización de nuestra web corporativa como punto de referencia para cuantos necesitan estudiar en profundidad las cuestiones que, de muy diversa índole y materia, se suscitan en el día a día de nuestros Ayuntamientos. Se compendia en esta obra un trabajo jurídico fundado y de calidad plasmado en diferentes informes donde se analiza legislación, doctrina y jurisprudencia sobre muy diversas materias y que pretenden dar soluciones a los concretos problemas que a lo largo de esa anualidad se han venido planteando por los responsables municipales. Son, en definitiva, la respuesta dada a situaciones muy concretas en las que de ordinario se encuentran las Corporaciones, al ser reflejo de supuestos reales acaecidos en diferentes entidades locales de la provincia en los que se ha requerido nuestra participación.

Con el compromiso de seguir trabajando y mejorando la asistencia que se presta a las entidades locales que lo demandan, invito a todos los responsables de las Entidades Locales a quienes se dirige esta obra, no solo a la consulta del contenido de estos repertorios, sino a confiar para la resolución de la problemática jurídica que genere el quehacer de sus Consistorios, a la asistencia y asesoramiento que se presta a los mismos, a través del Área de Cooperación Municipal y Vicepresidencia Primera (Oficialía Mayor) de esta Institución Provincial, pues no en vano, son los Ayuntamientos y demás Entidades que integran la Administración Local la razón de ser de las Diputaciones Provinciales y, muy en particular, de la de Badajoz, que me honro presidir.

*Miguel Ángel Gallardo Miranda*

Presidente de la Excma. Diputación de Badajoz



# **ACTIVIDADES**



## **ACTIVIDADES**

---

### **TRANSMISIÓN DE LICENCIA DE TAXI A FAVOR DE PERSONA JURÍDICA**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

#### **HECHOS. ANTECEDENTES**

El Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ solicita informe sobre posibilidad de transmitir la licencia de autotaxi a sociedad limitada.

#### **LEGISLACIÓN APLICABLE.**

- Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.
- Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres.
- Real Decreto 763/1979, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros.
- Decreto 277/2015, de 11 de septiembre, por el que se regulan, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, los servicios de transporte público interurbano en automóviles de turismo, y se fijan determinadas obligaciones relacionadas con los servicios de transporte público interurbano en autobús.

#### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**PRIMERA.-** En el ámbito territorial de nuestra Comunidad Autónoma, hemos de tener en cuenta fundamentalmente el RD 763/1979, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de transportes en automóviles ligeros -RNT-, cuyo art. 1, in fine dispone que en la prestación de los servicios regulados en el mismo se deberán respetar las normas previstas en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, de 30 de Julio, de ordenación de los transportes terrestres -LOTT-, y demás normas complementarias, en relación a los transportes interurbanos; y por otro lado, el Decreto 277/2015, de 11 de septiembre, por el que se regulan, en el

ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, los servicios de transporte público interurbano en automóviles de turismo, y se fijan determinadas obligaciones relacionadas con los servicios de transporte público interurbano en autobús.

Así, debemos de tener en cuenta que, de manera general, el ejercicio de la actividad de transporte público mediante automóviles de turismo (taxis) constituye una actividad económica de servicios sujeta a la intervención administrativa, en garantía de intereses públicos, mediante el otorgamiento de un doble título autorizador:

- 1º. La licencia municipal, necesaria para la prestación de servicios urbanos; y
- 2º. La autorización VT (viajeros taxi), precisa para la realización de servicios interurbanos, que corresponde expedirla a la Comunidad Autónoma, a través de la Dirección General competente en materia de transporte.

Esta doble autorización requiere la aplicación de unas normas de coordinación entre ambas autorizaciones, que actualmente se regulan en el Decreto 277/2015, de 11 de septiembre, por el que se regulan, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, los servicios de transporte público interurbano en automóviles de turismo, y se fijan determinadas obligaciones relacionadas con los servicios de transporte público interurbano en autobús, que deroga el Decreto 109/1988, de 29 de diciembre, regulador del régimen jurídico de otorgamiento y modificación de autorizaciones de transporte de viajeros en vehículos de hasta nueve plazas, incluida la del conductor, en nuestra Comunidad Autónoma.

Dicho lo anterior y en relación con la cuestión planteada, debemos partir del art. 1, RNT que dispone como regla general que las licencias de taxi son intransmisibles, de modo que sólo se autorizaran en los supuestos que al efecto regula dicho precepto y cuya interpretación debe efectuarse siempre con un criterio restrictivo, como se ha encargado de precisar la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1988 en su FJ 4º:

*“...ordenamiento en el que se ha establecido el principio general de la intransmisibilidad de las licencias, por lo que las misiones autorizadas por el artículo 14 del Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros, aprobado por Real Decreto de 16 de marzo de 1979, constituyen una excepción que, como tal no puede ser objeto de una interpretación extensiva...”*

*Al efecto dispone el citado art. 14 RNT que los supuestos donde se autoriza la transmisión son:*

- *“a) En el fallecimiento del titular, a favor de su cónyuge viudo o herederos legítimos.*
- *b) Cuando el cónyuge viudo o los herederos legitimarios y el jubilado no puedan explotar las licencias como actividad única y exclusiva, y previa autorización de la Entidad Local, en favor de los solicitantes reseñados en el art. 12, teniendo en todo caso derecho de tanteo cualquier otro heredero forzoso en posesión del «permiso local de Conductor».*



• c) *Cuando se imposibilite para el ejercicio profesional el titular de la licencia, por motivo de enfermedad, accidente u otros que puedan calificarse de fuerza mayor (entre ellos la retirada definitiva del permiso de conducir necesario), a apreciar en su expediente, en favor de los solicitantes del apartado anterior.*

• d) *Cuando la licencia tenga una antigüedad superior a cinco años, el titular podrá transmitirla, previa autorización de la Entidad Local, al Conductor asalariado con permiso de conducir y ejercicio en la profesión durante un año, no pudiendo el primero obtener nueva licencia del mismo Ente local en el plazo de diez años por ninguna de las formas establecidas en este Reglamento, ni el adquirente transmitirla de nuevo sino en los supuestos reseñados en el presente artículo.*

• *Las licencias cuya titularidad corresponda a personas jurídicas solamente serán transmisibles cuando, teniendo una antigüedad de cinco años, se enajene la totalidad de los títulos.*

• *Las licencias de la clase c) solamente podrán transmitirse cuando teniendo una antigüedad superior a cinco años se respeten los límites mínimos de titularidad del art. 18 de este Reglamento.*

• *Las transmisiones que se realicen contraviniendo los apartados anteriores producirán la revocación de la licencia por el ente local, previa tramitación de expediente iniciado de oficio, a instancia de las centrales sindicales, asociaciones profesionales o cualquier otro interesado.”*

Así pues, dado que no parece que concurra ninguno de los supuestos que al efecto dispone el art.14 Real Decreto 763/1979, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros, en cuanto no se tiene en cuenta que la titularidad de las licencias pudieran recaer en personas jurídicas, en principio habría que concluir que no es posible su transmisión.

**SEGUNDA.-** Ahora bien, y respecto de esta última cuestión y en concreto, la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser titulares de licencias de taxi, la respuesta ha de ser afirmativa, al amparo de lo dispuesto tanto en los artículos 12.c, 13.2 y 14 párrafo segundo del RNT que expresamente prevén tal posibilidad, así como también, con carácter general, se admite que las personas jurídicas sean titulares de las licencias de taxi en la regulación contenida en el artículo 42 letras a y b del Real Decreto 1.211/1990, de 28 de septiembre (BOE de 8 de octubre), por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres; teniendo en cuenta que la aplicación de la Ley 16/1987, de 30 de julio (BOE del 31), de ordenación de los transportes terrestres al servicio de transporte de viajeros mediante taxis, no ha de ofrecer dudas a la luz de la regulación del ámbito objetivo de aplicación de la citada ley, contenido en su artículo 1, a pesar de que no haya mención a dicha modalidad de transporte a lo largo de su articulado.

En estos casos de personas jurídicas que puedan adquirir la titularidad de una licencia de taxi, el artículo 42 del Real Decreto 1.211/1990, de 28 de septiembre (BOE de 8 de octubre), por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordena-

ción de los Transportes Terrestres, dispone en su apartado 1, (teniendo en cuenta que se modifica el párrafo primero del apartado 1 por el art. único. 3 del Real Decreto 919/2010, de 16 de julio -BOE 5.08.2010-), dispone:

*“1. Para el otorgamiento de los títulos administrativos habilitantes para la prestación de los servicios de transporte público por carretera, o para la realización de las actividades auxiliares y complementarias del mismo, será necesario cumplir los siguientes requisitos:*

*a) Ser persona física, no pudiendo otorgarse los títulos de forma conjunta a más de una persona ni a comunidades de bienes, o bien persona jurídica, debiendo revestir en ese caso la forma de sociedad mercantil, sociedad anónima laboral o cooperativa de trabajo asociado.*

*No obstante, cuando se produzca el fallecimiento del anterior titular, sus herederos podrán subrogarse de forma conjunta en los correspondientes títulos por un plazo máximo de dos años, transcurrido el cual, o antes si se produjera la adjudicación hereditaria, deberán cumplirse las condiciones previstas en el párrafo anterior.*

*b) Tener la nacionalidad española, o bien la de un Estado de la Comunidad Económica Europea o de otro país extranjero con el que, en virtud de lo dispuesto en los tratados o convenios internacionales suscritos por España, no sea exigible el citado requisito.*

*Cuando se trate de personas físicas, la nacionalidad española se acreditará mediante la presentación del documento nacional de identidad en vigor; y la del país extranjero de que se trate, mediante la del documento de identificación que surta efectos equivalentes en el país de origen, o bien mediante el pasaporte correspondiente.*

*Cuando se trate de personas jurídicas deberá justificarse su constitución como Empresa con fines de transporte público o de la actividad auxiliar o complementaria de que se trate e inscripción en el Registro Mercantil o, en su caso, en el Registro que corresponda.*

*c) Poseer las necesarias condiciones de capacitación profesional, honorabilidad y capacidad económica en la forma y condiciones establecidas en este Reglamento, salvo en los casos expresamente exceptuados conforme a lo previsto en el mismo.*

*d) Cumplir las obligaciones de carácter fiscal establecidas por la legislación vigente. A tal efecto, deberá justificarse el estar dado de alta en la licencia fiscal exigible en razón de la actividad y del territorio, así como las demás circunstancias exigidas por la normativa tributaria que, por tener relevancia para la adecuada ordenación del transporte, el Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones determine.*

*e) Cumplir las obligaciones laborales y sociales exigidas por la legislación correspondiente, debiendo a tal efecto justificarse la afiliación en situación de alta de la Empresa en el régimen de la Seguridad Social que corresponda, así como las demás circunstancias exigidas por la normativa laboral y social que, por tener relevancia para la adecuada ordenación del transporte, el Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones determine.*

*f) Cumplir en cada caso las condiciones específicas necesarias para la adecuada prestación del servicio o realización de la actividad que expresamente se establezcan en la normativa vigente en relación con las distintas clases o tipos de títulos habilitantes.*

*2. No será necesaria la justificación de todos o una parte de los requisitos previstos en el punto anterior cuando el cumplimiento de los mismos hubiera sido ya acreditado con anterioridad con ocasión del otorgamiento, comprobación o visado de otros títulos habilitantes del mismo titular, y dicho cumplimiento conste en los registros administrativos.”*

Consecuencia de lo dispuesto en el precedente artículo, en los supuestos de que la persona jurídica cesionaria esté constituida por una sociedad mercantil, anónima laboral o cooperativa de trabajo asociado -supuesto contemplado en el art. 42.1.a del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, los requisitos exigidos habrán de concurrir en las personas físicas integrantes de las mismas, para que sea susceptible de transmisión referida licencia (letra c) del apartado 1º del artículo 42, transcrito).

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El art.14 RNT dispone como regla general que las licencias de taxi son intransmisibles, de modo que sólo se autorizaran en los supuestos que al efecto regula dicho precepto y cuya interpretación debe efectuarse siempre con un criterio restrictivo ( Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1988).

**SEGUNDA.-** No obstante lo anterior, en los supuestos de que la persona jurídica cesionaria esté constituida por una sociedad mercantil, anónima laboral o cooperativa de trabajo asociado -supuesto contemplado en el art. 42.1.a del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres-, los requisitos exigidos habrán de concurrir en las personas físicas integrantes de las mismas, para que sea susceptible de transmisión referida licencia.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



# **CAMBIO DE TITULARIDAD DE LICENCIA DE APERTURA DE INSTALACIÓN EN SUELO NO URBANIZABLE, SIN CALIFICACIÓN URBANÍSTICA 1185**

En relación con el asunto epigrafiado y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

## **ANTECEDENTES.**

Según los datos facilitados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

Con fecha 4 de noviembre de 2019 (Nº Registro ORVE REGADE \_\_\_\_\_), el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ dirige escrito mediante el que solicita informe jurídico en relación con el acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha, 1\_/1\_/2019, sobre desestimación de cambio de titularidad de licencia de actividad “... *por ser los actos que se otorgaron en su día nulos de pleno derecho, remitiendo el presente acuerdo a los Servicios Jurídicos de la Diputación de Badajoz para que informe al respecto.*”

Junto con la solicitud se acompaña la siguiente documentación:

Informe técnico desfavorable emitido al respecto por la Técnica Municipal.

- Acuerdo de la Junta de Gobierno, adoptado en sesión celebrada el día, 1 de \_\_\_\_ de 2019, en relación con la solicitud de cambio de titularidad de la actividad presentado por doña \_\_\_\_\_, en relación con el expediente 1\_/2009, de licencia de apertura.

- Tras el correspondiente requerimiento, desde el Ayuntamiento se aporta vía correo electrónico la siguiente documentación:

- Solicitud de cambio de titular de la licencia 1\_/2009 de Café-Bar Restaurante, situado en Finca \_\_\_\_\_, Polígono \_\_ Parcela \_\_\_\_\_.

## **LEGISLACIÓN APLICABLE.**

- Constitución Española de 1978 (CE).

- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).

- Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (TRLSRU).

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

- Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura (LSOTEX), vigente hasta 26/06/2019.

- Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura (LOTUS), vigente a partir del 27/06/2019.

- Ley 16/2015, de 23 de abril, de protección ambiental de la Comunidad Autónoma de Extremadura (LPAEX).

- Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL).

- Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por el Real Decreto 2.816/1982, de 27 de agosto (RPEPAR).

- Reglamento de autorizaciones y comunicación ambiental de la Comunidad Autónoma de Extremadura, aprobado por el Decreto 81/2011, de 20 de mayo (RACAEX).

## FONDO DEL ASUNTO.

1º. En relación con el asunto, la Oficialía Mayor de la Diputación de Badajoz ya emitió el informe 850IJ2018, de 19 de octubre, respecto al cual nos ratificamos en todos sus términos. En concreto en relación con el expediente de licencia de apertura 1\_/2009, se informaba lo siguiente:

***“1º. Expte. 1\_/2009, de Licencia Municipal de Apertura de Establecimientos, otorgada por la Junta de Gobierno con fecha, 0\_/0\_/2009.***

En los antecedentes remitidos constan los siguientes documentos:

• *Proyecto básico y de ejecución de Karting, redactado por el Arquitecto, \_\_\_\_\_, visado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Extremadura con fecha, \_\_/0\_/2009 (215 páginas), documento de presupuesto y mediciones y resumen del presupuesto (17 + 1 páginas) y documento parece que anexo al mismo de fecha, \_\_/0\_/09, referido a datos de obra, estructura y cimentación (95 páginas).*

• *Memoria Técnico-Sanitaria para Comedores Colectivos Bar-Cafetería, emitido por \_\_\_\_\_, Veterinario Colegiado nº \_\_\_\_\_.*

• *Informe del Negociado de Rentas, emitido con fecha \_\_/0\_/2009, en el que se hace constar que:*

• *La solicitud de licencia de apertura de establecimientos por \_\_\_\_\_, S.L., para “Pista de Karting y Café-Bar”.*

• *La Junta de Gobierno Local con fecha, \_\_/0\_/2009, acordó informar favorablemente la licencia solicitada y remitir el expediente a la Comisión Regional de Actividades Clasificadas.*

• *La Comisión Regional de Actividades Clasificadas con fecha, \_\_/0\_/2009, calificó la actividad y emitió informe favorable.*

• *Se informa que “... procedería conceder la licencia de instalación para la actividad solicitada, no pudiéndose ejercer la misma hasta que se haya obtenido el acta de comprobación final de los Técnicos Municipales...”*

• *Documento del Negociado de Rentas y Exacciones del Ayuntamiento, emitido con fecha, \_\_/0\_/2009, en el que se hace constar que:*

• *La solicitud de licencia de apertura de establecimientos por \_\_\_\_\_, S.L., para “Pista de Karting y Café-Bar”*

• *La presentación de proyecto de ejecución y anexos, memoria técnico sanitaria y otros documentos.*

• *La Junta de Gobierno Local con fecha, \_\_/0\_/2009, acordó la “... concesión para la instalación de Pista de Karting y Café Bar ...”, sujeta diversas condiciones que se declaran cumplidas.*

• *Procedería la concesión de la licencia de apertura.*

• *Documento de \_\_/0\_/2009, que acredita la concesión de licencia de apertura de establecimientos mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha, \_\_/0\_/2009 a J\_\_\_\_\_, S.L., para “Pista de Karting y Café-Bar”, con emplazamiento en el Polígono \_\_, Parcelas \_\_\_\_\_, del TM de \_\_\_\_\_.*

*En relación con los antecedentes anteriores, se hace constar que no se han aportado: la solicitud de la licencia, los informes que resultarían preceptivos en aplicación del entonces vigente Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2.414/1961, de 30 de noviembre, el anuncio publicado y el resultado de la exposición pública, el informe de la Comisión Regional de Actividades Clasificadas de \_\_/0\_/2009, ni ninguno de los acuerdos de la Junta de Gobierno Local a los que se ha aludido.*

*Asimismo, se hace constar que no se aportan antecedentes de clase alguna en relación con:*

• *La calificación urbanística, preceptiva en aplicación de lo dispuesto en los artículos 18 y siguientes de la LSOTEX. A este respecto se señala que realizada consulta en el Geoportal IDEEX, dirección <http://www.ideex.es/IDEEXVisor/> se observa claramente la pista de Karting y unas edificaciones, pero carece de la trama correspondiente a la calificación urbanística; no obstante, se advierte que pudiera ser debido a falta de actualización de la información.*

• *La licencia urbanística de obras, igualmente preceptiva en virtud de los artículos 171 y siguientes de la LSOTEX.*

• *La licencia urbanística de primera utilización, también preceptiva conforme al artículo 184.1.b) de la LSOTEX.”*

2º. Como se ha señalado en el apartado de legislación aplicable, el día 27/06/2019 ha entrado en vigor una nueva norma en materia de urbanismo, la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura (LOTUS), por lo que todo lo señalado en relación con la calificación urbanística deben entenderse referido a la nueva figura que la citada ley denomina calificación rústica, cuyo regulación se recoge con carácter general en los artículo 67 a 71.

En concreto, en relación con las conclusiones elevadas en el citado informe, se mantienen las mismas, debidamente corregidas para adaptar el texto a la nueva terminología de la LOTUS:

- La actuación inicial de construcción del Karting y la nave mirador o Cafetería-Bar, carece de las preceptivas calificación rústica y licencias urbanísticas de obras, construcción y edificación y de primera ocupación o utilización.

- Tanto las actuaciones citadas en el apartado anterior como todas las actuaciones posteriores, expediente de legalización \_\_\_/2012, comunicación ambiental y expediente \_\_\_/0\_/2017 de licencia de apertura de establecimientos de “Café-Bar Restaurante”, podría estar viciados de nulidad, conforme al artículo 47.1.f) de la LPACAP, al faltar el requisito esencial de la calificación rústica.

- Del contenido del informe del técnico municipal, parece deducirse que los aprovechamientos, usos, obras, edificaciones e instalaciones existentes en las parcelas \_\_\_ y \_\_\_ del polígono \_\_\_ del TM de \_\_\_\_\_, serían compatibles con la ordenación urbanística, por lo que podrían ser susceptibles de legalización, condicionada a la solicitud y obtención de la preceptiva calificación rústica y, en su caso, de los correspondientes instrumentos de control.

3º. Con respecto a lo señalado en el apartado 3 anterior, la LSOTEX (norma aplicable entonces) distingue en el artículo 192 entre actuaciones clandestinas e ilegales, señalando en el apartado a) que son clandestinas “... cuando se realicen o hayan realizado sin contar con los correspondientes actos legitimadores previstos en la presente Ley o al margen o en contravención de dichos actos.” Por su parte, el artículo 198.2.b) de la LSOTEX, tipifica como infracciones graves “b) La realización de obras mayores no amparadas por licencia o, en su caso, calificación territorial o autorización correspondiente de la Administración autonómica, salvo que por la escasa alteración del paisaje urbano, rural o natural merezcan la consideración de leves.”

Si nos atenemos al régimen general de prescripción de las infracciones, el artículo 202.1.b) determina que las infracciones graves prescriben a los tres años, de manera que ha transcurrido ampliamente el plazo del que dispone la administración para llevar a cabo la restauración de legalidad vulnerada, toda vez que el apartado 2 señala que “El plazo de prescripción empezará a contar, en el caso de infracciones referidas a operaciones clandestinas, desde el momento en que se den las condiciones para que puedan ser conocidas por la Administración competente.” Puesto que, en todo caso, el Ayuntamiento ya conoció, al menos desde \_\_\_/0\_/2009, que se habían realizado las



construcciones, obras e instalaciones del “Café-Bar Restaurante”, sin que haya constancia de la iniciación expediente sancionador que pudiera determinar la interrupción de la prescripción, tal y como exige el apartado 3 del mismo artículo, la acción municipal habría prescrito el /0 /2012. Por último, el artículo 197 de la LSOTEX al regular las “Operaciones de restauración de la ordenación territorial y urbanística”, establece en el apartado 4 una regla que conviene retener por lo que más adelante se dirá: “Transcurridos cuatro años desde la terminación de las obras, los trabajos e instalaciones o el cese de los usos o las actividades clandestinos o ilegales, la Administración no podrá ordenar la demolición de las edificaciones, instalaciones o construcciones derivadas de las mismas.” La regla transcrita se excepciona en el apartado siguiente, si bien no resulta de aplicación por cuanto no hay antecedentes de que las edificaciones se hayan ejecutado sobre terrenos calificados en el planeamiento como sistemas generales o clasificados como suelo no urbanizable de protección ambiental por la ordenación territorial y urbanística, en dominio público o zona de servidumbre del mismo o afectando a bienes catalogados o declarados de interés cultural.

Con todo, el hecho de que el Ayuntamiento carezca a estas alturas de acción para exigir el restablecimiento de la legalidad vulnerada no impide que esta pueda llevarse a cabo a instancias del propio infractor. Interesa particularmente a la situación que se nos plantea el artículo 142 de la LOTUS, norma aplicable en estos momentos, que regula “El régimen de las edificaciones, construcciones e instalaciones en situación de fuera de ordenación y de actuaciones disconformes”, al ser subsumible en el supuesto del apartado 2 del artículo 142 de la LOTUS:

*“2. Mediante resolución expresa municipal se reconocerán en situación de actuación disconforme, aquellas edificaciones, construcciones e instalaciones no amparadas en título habilitante y que resulten inatacables por haber transcurrido el plazo máximo previsto en esta ley para llevar a cabo la restauración de la legalidad que implique su demolición, mientras no se proceda a su legalización.*

*La resolución municipal se adoptará a petición de las personas interesadas previa comprobación de que no se encuentra en trámite ningún tipo de procedimiento de restauración de la legalidad urbanística infringida respecto del inmueble objeto de reconocimiento y de que no es posible adoptar ninguna medida al efecto. En la misma deberá indicarse expresamente el régimen jurídico aplicable al inmueble, reflejando las condiciones a las que se sujeta.*

*En estas edificaciones, construcciones o instalaciones sólo podrán autorizarse las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, el ornato, la accesibilidad de los elementos existentes, la conservación del inmueble y las obras tendentes al mantenimiento de las condiciones de seguridad. No podrán ejecutarse obras de consolidación, ampliación, aumento de volumen o modernización.”*

Este particular procedimiento de declaración de situación disconforme a instancia del interesado está en suspensión en aplicación de lo señalado en el apartado 4 del mismo artículo que remite a su posterior desarrollo reglamentario que, si bien

está en fase de información pública (Resolución de 4 de octubre de 2019, DOE nº 208, de 28/10/2019, y corrección de errores publicada en el DOE nº 213, de 05/11/2019).

4°. En conclusión se reitera que lo que procede es que el promotor del complejo inste su legalización, previa la calificación rústica del mismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 68, 69 y 70 de la LOTUS, sin que resulte procedente autorizar la transmisión de una licencia que a todas luces adolece de vicio de nulidad (que, en todo caso, solo está sujeta a la mera comunicación), cuya concesión debería ser declarada nula, conforme al artículo 106 de la LPACAP, o en su caso revocada, si se dieran las circunstancias previstas en el artículo 16 del RSCL.

Este es el informe de la Oficialía Mayor – Área de Cooperación Municipal, en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

**BIENES**



## BIENES

---

### ADQUISICIÓN DIRECTA DE UN BIEN INMUEBLE EN SU DÍA ENAJENADO A UNA COOPERATIVA LOCAL

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

#### HECHOS. ANTECEDENTES

Plantea el Sr. Alcalde de referido Municipio la emisión de informe sobre el asunto arriba epigrafiado.

#### NORMATIVA APLICABLE

- Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD legislativo 2/2000.

- Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1.098/2001.

- Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

#### CONSIDERACIONES JURÍDICAS

A fin de poder incardinar jurídicamente la pretensión planteada por el Ayuntamiento sobre la adquisición directa de un inmueble propiedad de una Cooperativa Local y que en su día fue enajenada por el propio Ayuntamiento esta Cooperativa particular, mencionar en primer lugar al Reglamento de Bienes de las Corporaciones, que en su artículo 11.1 establece que

*“1. La adquisición de bienes a título oneroso exigirá el cumplimiento de los requisitos contemplados en la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales. Tratándose de inmuebles se exigirá, además, informe previo pericial, y siendo bienes de valor histórico o artístico se requerirá el informe del órgano estatal o autonómico competente, siempre que su importe exceda del 1% de los recursos ordinarios del presupuesto de la Corporación o del límite general establecido para la contratación directa en materia de suministros.”*

Por esta específica remisión que el artículo transcrito hace a la normativa reguladora de las Contrataciones Locales, debemos acudir a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), que en su artículo 9.2 determina que **“Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial.”** No obstante esta exclusión de su ámbito de aplicación, el artículo 26.2 de la propia LCSP determina que **“2. Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.”**

Pocas diferencias existen entre la regulación de este tipo de contratos en la LCSP y el derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP). Tan sólo que mientras en el TRLCSPP la modificación de los contratos privados se les aplicaba las normas contenidas en su Título V del Libro I, en la LCSP las modificaciones de estos contratos se regirán por las normas de derecho privado.

A efectos prácticos ninguna variación existe entre el TRLCSPP y la LCSP respecto a la preparación y adjudicación de los contratos privados, ya que en ambas éstas se rigen por las normas en ellos contenidas, pero sólo *“en defecto de normas específicas”*. La única diferencia respecto a estas dos fases es que mientras el TRLCSPP hace una remisión genérica a *“la presente ley y sus disposiciones de desarrollo”*, la LCSP concreta y especifica más qué normas de la misma les serán de aplicación en estas dos fases: *las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo”*.

Al margen de estas diferencias, podemos afirmar que **el régimen de estos contratos en cuanto a su preparación y adjudicación es exactamente el mismo que en la normativa anterior**, y que ya ha sido ampliamente aclarado por los órganos consultivos tanto estatal como autonómico.

En el Informe 4/2009, de 15 de abril, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local, sostiene lo siguiente:

*“De lo expuesto se deduce que los contratos patrimoniales se rigen por la propia LCSP, en su Disposición Adicional segunda; la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) en los aspectos que la Disposición Final segunda califica de carácter general, o de carácter básico; las demás normas, tanto de la Ley 33/2003, como de la propia Ley 30/2007, en lo que pudieran resultar aplicables con carácter supletorio.”*

*Llegando este órgano consultivo a las siguientes Conclusiones al respecto:*

*“I. La LCSP no regula el requisito de la capacidad de obrar de los licitadores, que se rige por las normas generales de Derecho común. De manera que las normas de capacidad de obrar en los contratos patrimoniales, al igual que en el resto de los contratos del sector público, son las propias de los ordenamientos civil y mercantil.*

*II. La exclusión con carácter general de los contratos patrimoniales de la LCSP, como consecuencia de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo, conlleva que no son de aplicación a los contratos patrimoniales las prohibiciones de contratar del artículo 49 LCSP. Sin embargo es posible argumentar, sobre la base del artículo 8.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, precepto básico, que regula los principios relativos a los bienes y derechos patrimoniales que no existe óbice jurídico para que, a través de los pliegos de condiciones que han de regir la adjudicación de estos contratos patrimoniales, se establezcan de forma motivada previsiones, a modo de supuestos de exclusión, equivalentes al cuadro de prohibiciones de la LCSP siempre que no resulten desproporcionadas, ni tengan por efecto una discriminación no justificada, y atiendan a la concreta naturaleza y características del contrato en particular así como a garantizar los principios de igualdad y objetividad en la concurrencia del procedimiento de adjudicación.*

*III. Al estar excluidos los contratos patrimoniales de la LCSP, son los órganos de contratación de las entidades locales, quienes pueden establecer, en el marco de sus atribuciones, la exigencia de prestación de garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación definitiva del contrato, sin que sean de aplicación las normas del régimen de garantías de la LCSP, pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 111 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos. La Administración pública puede, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración.”*

*Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 25/2008, de 29 de enero, «Régimen jurídico aplicable a los procedimientos y forma de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local», ha afirmado lo siguiente:*

*“Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local como consecuencia de quedar los mismos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, es el que resulta de las normas establecidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y de las normas que la complementan y, en especial, por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, así como, en su caso, por las normas promulgadas sobre tal materia por las Comunidades Autónomas respecto de las normas declaradas no básicas, siendo de aplicación las normas sobre preparación y adjudicación de contratos de la Ley 30/2007, cuando la las normas patrimoniales así lo expresen”.*

Por todo ello, para determinar si es posible adquirir un bien directamente (por procedimiento negociado) deberemos atender a lo dispuesto en el artículo 116.4 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que dispone que:

*«La adquisición tendrá lugar mediante concurso público, salvo que se acuerde la adquisición directa por las peculiaridades de la necesidad a satisfacer, las condiciones del mercado inmobiliario, la urgencia de la adquisición resultante de acontecimientos imprevisibles, o la especial idoneidad del bien. Igualmente, se podrá acordar la adquisición directa en los siguientes supuestos:*

*a) Cuando el vendedor sea otra Administración pública o, en general, cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público. A estos efectos, se entenderá por persona jurídica de Derecho privado perteneciente al sector público la sociedad mercantil en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una o varias Administraciones públicas o personas jurídicas de Derecho público.*

*b) Cuando fuera declarado desierto el concurso promovido para la adquisición.*

*c) Cuando se adquiriera a un copropietario una cuota de un bien, en caso de condominio.*

*d) Cuando la adquisición se efectúe en virtud del ejercicio de un derecho de adquisición preferente».*

Al respecto de los procedimientos de adquisición directa de inmuebles se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de fecha 9 de julio de 2014 (BOE 31 de julio de 2014) en la que ésta plasma la necesidad de llevar a cabo una interpretación estricta de estos supuestos dado que por medio de ellos se está excepcionando los principios de igualdad, publicidad y concurrencia. Así, esta Dirección General resolvió negativamente un recurso contra la negativa de inscripción registral de un inmueble adquirido directamente por un Ayuntamiento, en base al siguiente fundamento:

*“En consecuencia procede confirmar este extremo de la calificación recurrida, pues estando legalmente limitada la posibilidad de utilización del procedimiento negociado a supuestos estrictamente tasados, la aplicación de la doctrina de este Centro Directivo anteriormente reseñada sobre calificación de los documentos administrativos, y en particular en relación con el procedimiento seguido y sus trámites esenciales, lleva a desestimar el recurso a la vista de que de la documentación presentada para su calificación no resultaba acreditada la concurrencia de ninguno de los supuestos concretos en que, por excepción, nuestro ordenamiento jurídico admite la utilización del procedimiento negociado y sin concurrencia para la adquisición de bienes inmuebles por la Administración Pública, incluyendo los entes locales, ni el cumplimiento de los criterios sobre concurrencia que también en tales casos se imponen, sin perjuicio de sus particularidades, con carácter general.”*

Por otro lado, la Junta Consultiva de Contratación de Aragón en su informe nº 10/2010 ha considerado obligatoria la elaboración de un pliego o documento descriptivo como un documento necesario:



«...En todo caso, esta exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP no significa que no sea necesario la elaboración de un pliego de condiciones de ejecución del contrato. En el orden común de las cosas se entiende por «necesario» todo aquello que es menester o preciso por la carencia o exigencia que satisface. La lógica del procedimiento negociado aconseja la aplicación analógica de las reglas del artículo 93 LCSP, que regula la iniciación y el contenido del expediente de contratación y que exige la incorporación al expediente del pliego de cláusulas administrativas particulares y del de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato. Bien es cierto que esta exigencia no se extiende a todos los contratos que se encuentran en el ámbito objetivo de aplicación de la LCSP, pues el precepto citado sustituye la existencia de dicho documentos por un «documento descriptivo», para los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. En definitiva, de cara a preservar la esencia del procedimiento de enajenación, y en ausencia de regulación específica, debe existir en el expediente un «pliego de condiciones» que defina y determine el objeto del contrato, su régimen jurídico, sus efectos, duración del contrato, criterios de negociación (en el procedimiento negociado), pago del inmueble, cumplimiento y extinción, especificación del régimen fiscal (sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido o al Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados); y contener los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, y las demás menciones que sean necesarias para el buen fin del contrato.

*Es indiferente, a los efectos que interesan, que el documento que contenga y defina el objeto del contrato sea denominado, en el expediente que se instruya, pliego de cláusulas administrativas particulares, «documento descriptivo», o cualquier otra denominación que responda a la naturaleza del mismo, es decir, que contenga los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato.*

*En este orden de cosas, ese documento es necesario, tanto desde el punto de vista material, de la regulación del alcance y extensión de los efectos del Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón contrato, como del formal, de la formación de la voluntad del órgano de la entidad local a quien corresponda la competencia para la aprobación del negocio jurídico concreto...»*

Además en el expediente debe quedar perfectamente acreditada la capacidad y personalidad del titular del inmueble, precisando que sólo podrá adquirirse el bien de personas físicas o jurídicas con capacidad de obrar de acuerdo al Código Civil (artículo 22.1 y 27.1 a) del Reglamento General de la LPAP y artículo 65.1 de la LCSP.

Vista la posibilidad de adquisición directa de un inmueble propiedad de un tercero, para ello **deberá incorporarse al expediente una memoria en la que quede acreditada, la idoneidad del inmueble objeto del expediente para la finalidad pretendida, y la inexistencia de otro inmueble que reúna las características requeridas.**

Sobre la documentación que debería obrar en este expediente en caso de poderse llevar a cabo, estaría determinada por la siguiente:

- **Memoria justificativa de las circunstancias para emplear el procedimiento y la forma de adjudicación.**

- **Valoración del inmueble afectado e informe técnico de idoneidad del bien cuestión con exclusión de cualesquiera otros a la finalidad pretendida.**

- **Informe de Secretaria y de Intervención, así como la preceptiva consignación presupuestaria.**

- **Pliego en el que entre otras cuestiones, se regulen los derechos y obligaciones de las partes.**

- **Además y aún cuando no es un requisito preceptivo, debería intentarse que el bien se encontrase depurado jurídicamente.**

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Los artículos 9 y 26 de la LCSP constituyen legislación básica, al establecerlo así su Disposición Final Primera. Por consiguiente, las Comunidades Autónomas que así lo tengan establecido en sus Estatutos podrán dictar normas en desarrollo de estos preceptos pero no contravenir las disposiciones contenidas en los mismos.

**SEGUNDA.-** En la LCSP el régimen de los contratos patrimoniales en cuanto a su preparación y adjudicación es exactamente el mismo que en el TRLCSP. Si bien concreta más las normas de la misma que le serán de aplicación “en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general”.

Por tanto, y actualizando las normas en él contenidas, consideramos que el régimen de los contratos patrimoniales que celebren las Administraciones Públicas, y la Administración local en particular, serán las que con acierto dijo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el arriba mencionado Informe, es decir: el que resulta de las normas establecidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y de las normas que la complementan y, en especial, por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, así como, en su caso, por las normas promulgadas sobre tal materia por las Comunidades Autónomas respecto de las normas declaradas no básicas, siendo de aplicación las normas sobre preparación y adjudicación de contratos de la LCSP, cuando las normas patrimoniales así lo expresen.

**TERCERA.-** Vigente la LCSP es igualmente posible la adquisición directa de un inmueble cuando se dé alguna de las circunstancias establecidas en el mencionado artículo 116.4 de la LPAP y así quede debidamente justificado en el expediente; pues de lo contrario podríamos encontrarnos con la negativa del Registrador de la Propiedad a su inscripción.

Este es el informe de la Oficialía Mayor de la Diputación de Badajoz en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para con lo solicitado por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

# **PETICIÓN DE VECINO DE EJERCICIO POR EL AYUNTAMIENTO DE LAS ACCIONES DEL ARTÍCULO 68 DE LA LEY 7/85, DE 2 DE ABRIL**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sr/a. Alcalde/sa-Presidente/a del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

## **HECHOS. ANTECEDENTES**

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, de fecha \_\_\_\_\_.2019, sobre el asunto epigrafiado, acompañando al efecto escrito de vecino que presentó el \_\_\_\_\_.2016 al amparo del artículo 68 de la Ley 7/85, de 2 abril, solicitando actuación del Ayuntamiento sobre el particular .

## **LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).
- Real Decreto 2.568/86, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

## **FONDO DEL ASUNTO**

### **I.- DE LA OBLIGACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES DE EJERCITAR LAS ACCIONES PERTINENTES EN DEFENSA DE SUS BIENES Y DERECHOS**

El art. 68 de la LBRLL, después de señalar que las Entidades Locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos, dice:

*“2. Cualquier vecino que se hallare en pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la Entidad interesada. Este requerimiento, del que se dará conocimiento a quienes pudieran resultar afectados por las correspondientes acciones, suspenderá el plazo para el ejercicio de las mismas por un término de treinta días hábiles.*

*3. Si en el plazo de esos treinta días la entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la entidad local (la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1989 confirma la constitucionalidad de este número).*

*4. De prosperar la acción, el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la Entidad de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieran seguido.”*

En los mismos términos se pronuncia el art. 220 del ROF, precisando en su apartado 3 que la entidad Local facilitará los antecedentes, documentos y elementos de prueba necesarios y que al efecto soliciten los vecinos.

El derecho del vecino a actuar en defensa de los bienes y derechos de las Entidades Locales no puede considerarse una acción popular o pública, sino una sustitución procesal, sustitución que conlleva el cambio del ejercicio de la acción por el vecino en lugar de la Entidad Local. En este sentido la STS de 25-4-1996 decía al respecto lo siguiente: “tal facultad de los vecinos no constituye una verdadera acción popular o pública, sino una sustitución procesal, por virtud de la cual dichos vecinos solamente podrán hacer valer las pretensiones que podría hacer valer el propio Ayuntamiento, y con los mismos supuestos, plazos y condiciones que a éste se exigirían, más las que deben cumplir los vecinos que le sustituyen”. Sustitución que ha de referirse al ejercicio de acciones civiles o de otra índole en defensa de los bienes públicos, *pero no es admisible que el vecino sustituya a la Corporación en sus potestades administrativas, tramitando expedientes administrativos para que después sean aprobados por la Entidad Local*. Así el TS en su sentencia de 10-1-1996, en este sentido señala: «La sustitución procesal consecuencia del ejercicio de la acción vecinal a que se refiere el artículo 68.2 de la Ley Básica de Régimen Local se aplica al ejercicio de acciones civiles o de otra índole en defensa de los bienes y derechos de la Corporación, pero es improcedente emplearla tramitando de forma privada un expediente administrativo frente a actos de la propia Corporación.

Pues si dichos actos se estimaran nulos o anulables la actuación conforme a derecho sería impugnarlos en vía administrativa y después, en su caso, en vía contenciosa. En el caso de autos se está en realidad ante un híbrido de ambas actuaciones, pero en cuanto se encauce la pretensión por la vía de la sustitución procesal ha de considerarse improcedente confirmando el pronunciamiento del Tribunal de instancia, ya que en modo alguno puede otorgarse virtualidad o validez en Derecho a un expediente administrativo tramitado privadamente por un particular. Para ello se carece por completo de potestad y desde luego no puede mantenerse la existencia de un interés legítimo que respalde la defensa procesal de este tipo de actividades». Del mismo modo la sustitución del vecino se produce frente a «actos de terceros», pero no frente a actuaciones de la propia entidad Local, que sólo procederá la impugnación ordinaria de los actos administrativos. Así lo tiene declarado el TS en sentencia de 18-1-1999 al señalar: *«Quinto. Mas esa legitimación indirecta por sustitución sólo es para el supuesto de las acciones que a dichas Entidades Locales correspondan para la defensa de sus bienes y derechos, es decir, de las acciones pertinentes contra quienes hayan vulnerado estos bienes o derechos, terceros en cuanto a la entidad local y al vecino, sin que pueda hacerse extensivo el supuesto a las acciones que la entidad Local tenga contra si misma a fin de anular sus propios actos mediante el proceso de lesividad, para lo que so lo ella estará legitimada, debiendo los demás impugnar esos actos mediante los oportunos recursos administrativos y jurisdiccionales, si estuvieran legitimados para ello, tal como se desprende de la propia regulación del proceso de lesividad en los artículos antes citados de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en los que se asigna la legitimación a la Administración, y se establece un presupuesto y un requisito que sólo ella*

*puede cumplir, cual es el de la previa declaración de que el acto es lesivo para los intereses públicos y el de la necesidad de acompañar el expediente administrativo a la demanda que inicia el proceso, tal como han recogido sentencias de esta Sala como las de 29 de junio de 1981 y de 3 de mayo de 1991, de todo lo cual resulta que concurre la falta de legitimación del actor, hoy recurrente,* con la consiguiente declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto, conforme al apartado b) del artículo 82 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en lo que atañe a la impugnación, por vía de sustitución procesal del ayuntamiento, por parte del recurrente, de la delegación presunta sobre la pretensión de que se declarara la lesividad de la actuación de aquél y de que se promoviera luego por el mismo el correspondiente recurso jurisdiccional. La condición de vecino no se circunscribe al concepto estricto del mismo, pues según algún pronunciamiento judicial la acción prevista en este art. 68, puede ser ejercida por persona que tenga algún interés, aunque no sea en puridad vecino del municipio:

«Es cierto que el concepto de vecino viene determinado en los artículos 15 y 16 LBRL y 55 del ROF (personas que, residiendo habitualmente en el municipio, se encuentran inscritas en el padrón municipal), mas no es contraria a una interpretación teleológica del artículo 68 LBRL entender, como hace la sentencia de instancia, que el Ayuntamiento debe reembolsar las costas procesales a quien, sin tener propiamente tal condición, al verse privado del acceso a una finca de la que es titular situada en el término municipal de aquél, tiene que acudir al proceso, ante la inactividad e incumplimiento de la obligación municipal de ejercicio, para hacer efectivo no sólo su derecho sino también el que corresponde a todos los vecinos como consecuencia del régimen demanial propio del camino. O, dicho de otra forma, a los efectos del reiterado artículo 68 LBRL, cabe dar al término vecino que utiliza la norma no una acepción exclusivamente personal, sino también la real que proporciona, en determinados supuestos, la vinculación al municipio y a la acción de que se trata la titularidad de terrenos en el término municipal. Pues, como sostiene el Ministerio Fiscal, en tal caso no cabe apreciar diferencia alguna entre quien reside y está empadronado y quienes, sin estarlo, tienen idéntico interés en el ejercicio de la acción municipal de que se trata. Si en uno y otro caso el ejercicio por el particular ante la quietud del Ayuntamiento responde a intereses municipales y beneficia al municipio, la razón de ser para el resarcimiento de los gastos procesales ocasionados parece análoga» (STS 14-5-200 I) 1. Por último conviene precisar que cuando en la titularidad del bien que se pretende recuperar concurren varias Administraciones es necesario que el vecino efectúe su reclamación frente a todas ellas.

En este sentido se ha pronunciado la STS de 24 1-200 1: «El artículo 26.1 de la Ley de Bases de Régimen Local considera ciertamente como obligación municipal mínima la de facilitar el acceso a los núcleos de población del distrito. Esa obligación comporta el correlativo deber de los Ayuntamientos de llevarlo a cabo removiendo los obstáculos que puedan oponerse a ello; de suerte que existe un auténtico derecho ciudadano a solicitar y obtener de la Corporación correspondiente que se respete, o se restablezca, a los vecinos afectados en la utilización del camino de dominio y uso público general del que se hubiesen visto privados. Sin embargo, ese derecho de los

vecinos no puede ser ejercitado, cuando concurre una cotitularidad demanial sobre el mismo camino, sin actuar conjuntamente contra los diversos Entes públicos a los que venga atribuida la competencia para llevar a cabo la reposición en el uso perturbado. Por el contrario, la concurrencia aludida implica la necesidad de reclamar de todos ellos simultáneamente la restauración del paso público obstaculizado, como único medio de demandar con eficacia la remoción de los obstáculos que lo impiden.

## II.- EL PROCEDIMIENTO PARA QUE EL VECINO PUEDA EJERCITAR EN SUSTITUCIÓN PROCESAL LOS DERECHOS Y/O ACCIONES DEL AYUNTAMIENTO

1. *Instar a la Entidad que ella ejercite las acciones correspondientes. La Entidad Local no tiene, en todo caso, obligación de ejercitar la acción, pues puede entender que no es procedente. De aquí que lo que permite el art. 68 de la LBRL es una acción sustitutoria por el vecino, pero no una obligación de actuar en todo caso por parte de la Entidad Local. Por tanto, ha de existir una inactividad formal por parte de la Entidad Local.* Y como dice la STS de 14 de mayo de 1985: *«el carácter excepcional de la sustitución procesal regulada en dicho artículo obliga a efectuar una interpretación estricta del mismo*, interpretación que exige que el requerimiento sea actual y se refiera, por tanto, a un acto o a una situación ya producida de la que pueda derivarse perjuicios para los intereses, generalmente económicos, de la Entidad Local a la que se dirige dicho requerimiento». Alguna resolución judicial ha permitido que el requerimiento lo haga persona distinta a la que posteriormente interponga la acción judicial: «Primero. Se alza el presente recurso de apelación contra la sentencia que desestima la demanda, al haberse apreciado la excepción de falta de legitimación activa. Funda el Juzgador la admisión de la excepción en la consideración de que se trata de un supuesto de hecho incardinable en el art. 68 L 7/1 985 de 2 abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, el cual después de establecer que las Entidades Locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos, dispone que cualquier vecino con pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la entidad interesada. Para el caso de que la entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, serán los vecinos los que, en nombre e interés de la entidad Local, podrán ejercitar la acción correspondiente. Como consecuencia de no haberse acreditado por parte de la vecina demandante el cumplimiento del requisito previo de requerimiento a la entidad Local, entiende el cumplimiento del requisito previo de requerimiento a la entidad Local, entiende el Juzgador de instancia que procede apreciar la excepción dilatoria de falta de legitimación activa con base en el art. 533.2 LEC.

A la vista de esta argumentación que efectúa la sentencia, la parte demandante trae a los autos, al amparo del art. 862, ap. 4.º LEC, dos documentos; el primero de ellos se trata del escrito presentado por D. \_\_\_\_ (que es propietario colindante de las fincas implicadas en el pleito), ante el Ayuntamiento de \_\_\_\_, en el que se solicitaba lo siguiente:

1. Que el Ayuntamiento efectuara la manifestación expresa de que el callejón indicado en el núm. 1 anterior es de propiedad municipal y no de D. \_\_\_\_\_, sin que exista o se haya acreditado por parte de éste último título alguno que le legitime como propietario del callejón citado. 2. Que el Ayuntamiento manifieste que sobre dicho callejón se han percibido siempre en tal concepto de callejón los impuestos, exacciones, tasas y contribuciones municipales y estatales propias de las calles, así como que por corporaciones anteriores se han realizado actuaciones propias de las calles cuales han sido las acometidas de red de alcantarillado y agua, así como explanación para posterior pavimentación. 3. Que ordene a D. \_\_\_\_\_ el levantamiento inmediato y en el plazo máximo de 10 días y a su costa, de la valla por él instalada en el repetido callejón indicado en el núm. 1 de este escrito, por ser el callejón de propiedad municipal y haber sido cerrado sin licencia ni permiso alguno legítimo. Este escrito está fechado el 13 junio de 1994. El segundo de los documentos, que lleva fecha de 30 agosto 1994 es la contestación del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ a D. \_\_\_\_\_, en el que le manifiesta que el citado Ayuntamiento no se pronuncia sobre la titularidad privada por no ser competente para ello; así como que el cobro de impuestos, tasas y exacciones se ha producido en tanto el Ayuntamiento consideraba el patio mencionado de titularidad municipal, hasta que por los particulares se ha acreditado la condición de titularidad privada y, por último, que no procede por parte del Ayuntamiento ordenar a D. \_\_\_\_\_ el levantamiento de la puerta instalada en el patio ya mencionado.

En base a todo lo expuesto, resulta acreditado que el requisito previo de requerimiento a la entidad Local estaría cumplido, como consecuencia del escrito dirigido por D. \_\_\_\_\_ al Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ y ello porque se trata de un vecino con idéntico interés que la demandante, siendo así que el art. 68 L 7/ 1985 habla de «vecinos que se hallen en pleno goce de sus derechos civiles y políticos», sin que se exija que sea el mismo vecino que efectúa el requerimiento el que ejerce la acción correspondiente. Y además como consecuencia de ser en esencia idénticos los pedimentos efectuados por D. \_\_\_\_\_ en su escrito dirigido al Ayuntamiento y los vertidos por la actora en su demanda.

Por lo expuesto, procede entender cumplido el requisito previo de requerimiento a la entidad Local y, por lo tanto, revocar el acogimiento de la excepción dilatoria de falta de legitimación activa del art. 533,2 LEC y, en consecuencia, con el fin de o mantener el principio básico de la doble instancia, la devolución de los autos al Juzgado de instancia a fin de que se pronuncie sobre el fondo de la cuestión debatida, de modo que exista la posibilidad de revisión de lo decidido por el Tribunal Superior» (Sentencia AP de Guadalajara de 10 de marzo de 1997).

2. Dar cuenta a aquellos que puedan verse afectados por las acciones a ejercitar. Se refiere al elemental ya veces esencial trámite de audiencia que viene contemplado en el art. 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LJPAC, como un derecho de los ciudadanos, y se recoge como trámite del procedimiento administrativo en el art. 84 de la misma disposición legal.

El trámite de audiencia se incardina dentro de los principios del Derecho de que nadie puede ser condenado sin ser previamente oído. Principio general del

Derecho, que nuestra Constitución recoge en varios preceptos: art. 24.2, referido a procesos judiciales; y art. 105.c), relativo a procedimientos administrativos.

### 3. Que la Entidad requerida no actúe en el plazo de treinta días hábiles.

El problema que puede plantear la exigencia de éste requisito temporal es la posible prescripción de la acción cuando el vecino ha detectado que la Entidad Local no ha ejercitado la acción y el plazo que resta para interponerla sea inferior a los treinta días que debe esperar dicho vecino para actuar en sustitución del Ente Local.. Considero que al vecino se le debía permitir accionar en sustitución del Ayuntamiento sin cumplimentar el requisito al que ahora hacemos alusión, siempre que tal actuación suponga la enervación de la prescripción y quede acreditada la imposibilidad del cumplimiento de dicho trámite, aunque para no dejar la cuestión al criterio de interpretación, que por cierto pueden ser muchas y variadas, sería conveniente que el legislador, bien estatal o autonómico, contemple normativamente la solución al conflicto.

4. Ejercicio de las acciones por el vecino en nombre e interés de la Entidad Local. La STS de 31 de diciembre de 1994, señala: «Se denuncia «infracción, por aplicación indebida, del artículo 68 de la Ley 7/1 985, de 2 abril», En el alegato integrador de su desarrollo los recurrentes vienen a sostener, en esencia, que «el precepto indebidamente aplicado solamente concede legitimación activa por sustitución ante la inacción o pasividad del Ayuntamiento», pero no cuando, como aquí ocurrió, el propio Ayuntamiento acuerda expresamente no ejercitar la acción para cuyo ejercicio le requirió un vecino, pues en este caso, vienen a decir los recurrentes, no se está sustituyendo al Ayuntamiento, sino que se le está contradiciendo. El expresado motivo, la artificiosidad de cuyo montaje dialéctico es evidente, ha de ser desestimado, ya que el artículo 68 de la Ley 7/1 985, de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, a lo único que condiciona el ejercicio por un vecino de la acción o acciones a que el mismo se refiere es a que, en el plazo de treinta días hábiles siguientes al requerimiento, «la entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas», pero no establece distinción alguna entre que ese no acuerdo de ejercicio dentro del plazo indicado sea debido a una mera actitud pasiva del Ayuntamiento o a un acuerdo expreso de no ejercitar la acción solicitada, sino simplemente, repetimos, a que no acuerde ejercitar la referida acción dentro del plazo indicado, en cuyo supuesto queda plenamente expedita la legitimación activa para el ejercicio de la acción vecinal *«en nombre e interés de la Entidad Local», sin que, por tanto, sea dable el adentrarse a concretar o averiguar cuál pueda ser la causa determinante de esa falta de acuerdo de ejercicio por el Ayuntamiento, como equivocadamente pretenden los recurrentes, ya que ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, aparte de que si la ejercitada acción vecinal no prospera, todos los gastos que ello ocasione serán de cuenta del vecino que la ejercitó (apartado 4 del citado artículo 68 a contrario sens.), por lo que el expresado ejercicio ningún perjuicio puede suponer para el Ayuntamiento».

A este efecto, la Entidad ha de poner a disposición del vecino todos los antecedentes, documentos y elementos de prueba necesarios para el ejercicio de las



acciones. La STS de 2 1-4-1999 resume los requisitos materiales y formales necesarios para el ejercicio de la defensa de los bienes y derechos Locales por los vecinos: «Se trata, en definitiva, de una pretensión de particulares vecinos del municipio dirigida a la reintegración y defensa del patrimonio municipal del Ayuntamiento apelante; cuya intervención de los particulares en la materia del patrimonio de los Entes Locales en cuanto a su defensa y consiguiente reintegración, se halla regulada en los arts. 68 de la LRBRL 7/85 de 2 de abril , 54.3 del TRRL aprobado por RO Legislativo 78 1/86 de 18 de abril, 220 del ROF de los Entes Locales aprobado por RO 2.568/86 de 28 de noviembre y por los arts. 46.2 y 47 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales aprobado por RO 1.372/86 de 13 de junio.

En ninguno de estos preceptos se establece una acción popular a favor de los vecinos del municipio tendente en términos generales a impeler a los entes locales al ejercicio de acciones en defensa del patrimonio municipal en este caso, y menos aún a obtener «a priori» una declaración de nulidad de los acuerdos municipales que los vecinos estimen contrarios al patrimonio municipal; por el contrario, la regulación legal contenida en los preceptos que antes se relacionan, cuya mención omiten los demandantes y apelados y tampoco cita la Sentencia recurrida, establece un equilibrio entre lo que es propio de la autonomía local y del poder de decisión de los órganos que encarnan su gerencia y de las facultades de los vecinos del municipio en orden a la defensa del patrimonio municipal.

Esta regulación se hace dualmente, confiriendo en un primer momento las facultades de defensa del patrimonio a los órganos competentes de los entes locales. Y así, cuando en el art. 68.1 de la LRBRL se establece la obligación de los entes locales de ejercitar las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos, requiriendo los acuerdos adoptados a tal fin con previo dictamen del Secretario o en su caso, de la Asesoría Jurídica, en defecto de uno y otra de un Letrado, lo que se reitera en el art. 220.1 del ROF .

En un segundo momento se regula la intervención a tal fin de los vecinos del municipio a los que ciertamente lo mismo el art. 68 de la LRBRL y el art. 220 del ROF reconocen un interés en la defensa efectiva del patrimonio de los entes locales por aquella calidad de vecinos, pero que la LRBRL y el ROF en sus precitados artículos, la establecen con cierto carácter subsidiario y con un neto carácter de legitimación por sustitución remediando la inactividad municipal si incumple su deber gerencial inmediato; y cuya actividad de los vecinos aun subsidiaria se establece desde el momento en que ante la negligencia gerencial observada en los órganos municipales puede ser acusada con un simple requerimiento al ente local como señalan los arts. 68.2 de las LRBRL y 220.2 del ROF, con el efecto de dar conocimiento a los afectados por la denuncia del requerimiento y suspender el plazo para el ejercicio de las acciones por treinta días.

Y estableciéndose también que en caso de inactividad municipal, arts. 68.3 LRBRL y 220.3 del ROF, si transcurrido el plazo de treinta días el ente local no acordara el ejercicio de la acción solicitada, los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la Entidad Local, facilitándoles ésta los antecedentes y

elementos de prueba necesarios que al efecto soliciten, con derecho al reintegro de gastos y daños y perjuicios, caso de prosperar la acción ejercitada por el particular, como establecen también los arts. 68.4 LRBRL y 220.4 del ROF.».

Una muy pacífica jurisprudencia tiene sentado que quien discrepa con el contenido de esas bases pero no las impugna en el plazo legalmente establecido tras su publicación, las consiente. En el mismo plano nos podemos encontrar, por ejemplo, con el supuesto al que el presente se contrae, pues queda acreditado que el Ayuntamiento ha realizado sus competencias en relación con los bienes a que se refiere el vecino que reclama - sin desconocer lo alambicado y confuso de su redacción – para llegar a la conclusión, que lo que se dilucida aquí, no es que el Ayuntamiento haya incurrido en inacción en la defensa de sus bienes o derechos frente a terceros, sino que la actuación del Ayuntamiento en relación con la cuestión y bienes a que se refiere el vecino reclamante no sea del agrado o culmine con una solución que al vecino actuante le parezca la correcta, justa y ajustada a Derecho, interesando un actuar administrativo por el Ayuntamiento, que este considera la procedente desconociendo que es al Ayuntamiento el que determina como actuar sus facultades y competencias (art. 4 LRBRL) y que ha considerado actuarla al modo que por conveniente ha juzgado procedente , conforme a su potestad de autoorganización y principio de autonomía, consagrado constitucionalmente (artículo 137 CE) y que es evidente que dicho actuar por el Ayuntamiento, no se comparte por el vecino en cuestión, pero es evidente también que dado el tiempo transcurrido, por este no se a interesado siquiera sea la revisión en vía jurisdiccional que hubiera estimado competente.

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 \_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

# UTILIZACIÓN DE PARTE DE BIENES COMUNALES PARA LA CREACIÓN DE UN CENTRO DE INTERPRETACIÓN Y OBSERVATORIO DE AVES NECRÓFAGAS

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

## HECHOS. ANTECEDENTES

El Ayuntamiento pretende destinar parte de dichos bienes a la creación de un centro de interpretación y observatorio de aves necrófagas.

## LEGISLACIÓN APLICABLE.

- Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), aprobado por Real Decreto 1.372/1986, de 13 de junio.

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**1. Naturaleza y aprovechamiento de los bienes comunales.**-Conforme a lo establecido en el artículo 79.3 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) tienen la consideración de bienes comunales aquellos cuyo aprovechamiento corresponda al común de los vecinos. En parecidos términos el artículo 2.3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), aprobado por Real Decreto 1.372/1986, de 13 de junio, en el que se determina que tienen la consideración de comunales aquellos bienes que siendo **de dominio público, su aprovechamiento corresponde al común de los vecinos**. Siendo tal comunidad de aprovechamiento y disfrute de tipo germánico o en mano común y, por tanto, indivisible e inalienable. El derecho de los vecinos a los aprovechamientos comunales configura un derecho real administrativo de goce, y cuya titularidad por aquellos en común, concurre con el dominio del municipio o entidad local menor, dando lugar a una «propiedad compartida» entre el municipio y los vecinos, correspondiendo al municipio o entidad local menor, la administración, conservación y rescate de los bienes, así como la regulación y adecuación del disfrute y aprovechamiento, y a los vecinos, el derecho a acceder al aprovechamiento.

Los bienes comunales son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no están sujetos a tributo alguno. En todo caso, la alteración de la calificación jurídica de los bienes comunales corresponde al pleno de la entidad local por acuerdo adoptado por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación (artículo 47.2.n de la LRBRL).

**2.Otros fines o destinos de los bienes comunales.-** El artículo 106 del RBEL establece que *«Parte de los bienes comunales podrá ser acotada para fines específicos, tales como enseñanza, recreo escolar, caza o auxilio a los vecinos necesitados. La extensión de dichos cotos y su régimen jurídico peculiar deberá ajustarse a las previsiones de la legislación sectorial aplicable.»* La redacción de este precepto a dado pie en el ámbito de su Comunidad Autónoma a la autorización de aprovechamientos de bienes comunales por terceros que no tienen la condición de vecino y para usos distintos a los agrícolas o ganaderos.

En efecto, avalado por dictámenes del Consejo Consultivo de Extremadura, entre el que podemos señalar el 364/2006, de 7 de septiembre de 2006, se ha venido utilizando este precepto del RBEL como argumento para *«acotar para fines específicos»* parte de los bienes comunales. Si bien el texto de este artículo 106 señala como fines específicos la enseñanza, recreo escolar, caza o auxilio de los vecinos necesitados, el Consejo Consultivo de Extremadura en referido Dictamen dice:

*«Atendiendo a esto último, y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 106 del RBEL, en el que se manifiesta que parte de los bienes comunales podrá ser acotada para fines específicos, es pues perfectamente posible que el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en nuestro caso concreto la Dirección General de Administración Local de la Consejería de Desarrollo Rural, pueda aprobar una concreta forma de aprovechamiento de una parte de los bienes comunales del Ayuntamiento de X, destinando los mismos al cumplimiento de unos fines específicos.»*

*Referido artículo 106 del RBEL enumera entre esos fines específicos los de enseñanza, recreo escolar, caza o auxilio a los vecinos necesitados, no aludiendo, por tanto, entre ellos el del establecimiento de una planta termosolar como pretende llevar a cabo el Ayuntamiento. Ello no obstante, a juicio de este Consejo, la enumeración llevada a cabo por citado artículo 106 del RBEL no es cerrada, sino meramente enunciativa, no constituyendo, en consecuencia, un “numerus clausus”; y, además, y esto es importante resaltarlo, debe tenerse en cuenta, de conformidad con lo indicado por el artículo 3.1 del Código Civil, que las normas han de interpretarse, entre otros métodos o reglas hermenéuticas, atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas -véanse, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1980, 17 de octubre de 1982, 9 de junio de 1983, 15 de septiembre de 1986, 23 de septiembre de 1988, en la que se afirmó que esta clase de interpretación es de muy especial aplicación en todo cuanto se relaciona con ciertos temas de cada día mayor actualidad y frecuencia a la vez que influidos por los nuevos adelantos de la técnica, y 18 de diciembre de 1997, en donde se señaló que la realidad social es un elemento de la interpretación de la ley que significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad- atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, ya que como se declaró por la STS de 16 de octubre de 1974 la interpretación debe inquirir, sobre todo, cuál sea dentro del total ordenamiento jurídico, la “ratio” y finalidad del precepto.*

*Por todo ello entiende este Consejo que es perfectamente posible que el Ayuntamiento destine una parte de sus bienes comunales procedentes de la redención del censo enfitéutico en su día constituido, en concreto sobre esas 200 Has. ubicadas en la finca “X”, a establecer sobre dicho terreno una planta termosolar, abandonando, en consecuencia, el uso agrario a que hasta ahora los mismos estaban destinados.*

*Ello, por otra parte, es plenamente coherente con la funcionalidad económica, siempre cambiante y adaptativa, que han representado los bienes comunales a lo largo de la historia, este Consejo estima que no existe obstáculo jurídico alguno para que por parte de la Dirección General de Administración Local de la Consejería de Desarrollo Rural se proceda a acordar la aprobación definitiva de la transformación de los aprovechamientos de 200 hectáreas de bienes comunales en “X”, de acuerdo con lo establecido al respecto por el artículo 106 del RBEL, tras de lo cual quedará expedito el camino para la instalación en dichos terrenos de la referida planta termosolar, debiendo tenerse presente, en todo caso, que como dichos terrenos eran, y seguirán siéndolo, comunales, los mismos continuarán siendo inalienables, de acuerdo con los preceptos anteriormente mencionados, por lo que, en consecuencia, los mismos no podrán ser enajenados por el Ayuntamiento, de manera que la cesión de susodichos terrenos a la empresa encargada de dirigir y gestionar la planta termosolar deberá efectuarse por otras vías jurídicas que no impliquen o supongan la venta de tales terrenos».*

Por otra parte, como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 227/1988 de 29 noviembre en su Fundamento Jurídico 14ª, “el bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium*, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: Típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, **permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional** (artículo 339 del Código Civil), **garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso da o equilibrada de un recurso esencial, u otros similares**. Dentro de esta amplia categoría de los bienes demaniales es preciso distinguir entre los singularmente afectados a un servicio público o a la producción de bienes o servicios determinados en régimen de titularidad pública y aquellos otros que, en cuanto géneros, se declaran no susceptibles de apropiación privada en atención a sus características naturales unitarias.

*En los primeros, la afectación se halla íntimamente vinculada a la gestión de cada servicio o actividad pública específica, de la que constituyen mero soporte material. En cambio, a la inclusión genérica de categorías enteras de bienes en el demanio, es decir, en la determinación del llamado dominio público natural, subyacen prioritariamente otros fines constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como, por ejemplo, la que garantiza el artículo 45 de la Constitución, o bien a la defensa y utilización racional de la «riqueza del país», en cuanto que subordinada al interés general (artículo 128.1 de la Constitución). Por ello, en el supuesto de la afectación en régimen demanial de un bien singular a un servicio público stricto sensu, stricto sensu, resulta claro que la titularidad del bien es accesoria a la de la competencia para la gestión del servicio, salvo prescripción expresa en contrario, a lo que no se opone el artículo 132.2 de la Constitución”.*

**3. Destino pretendido por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ de parte de los bienes comunales.**-El Ayuntamiento pretende destinar parte de dichos bienes a la creación de un centro de interpretación y observatorio de aves necrófagas, cuya gestión será realizada de manera directa por el propio Ayuntamiento; teniendo la inversión a realizar para dicho fin el carácter de no productiva como servicio universal de uso público, de carácter gratuito.

Como hemos visto, el artículo 106 del RBEL permite entre los usos de los bienes comunales los de *enseñanza y recreo escolar*. De lo que se deriva el concepto no exclusivamente economicista del aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1988, acoge el principio de que no puede resolverse la gestión de los bienes comunales en exclusiva al criterio de la mayor productividad en su aprovechamiento, en relación a un sistema de explotación respecto de otro, puesto que el Derecho se encuentra al servicio, en primer lugar, de valores más elevados, como es la Justicia y, vinculado a los imperativos de sus propias normas, de lo que no puede sustraerse, so pretexto de soluciones óptimas, desde perspectivas singulares, como la ya citada productividad.

Pero es más, el uso pretendido por el Ayuntamiento en esa pequeña parte de los bienes comunales es perfectamente encuadrable en los recogidos por el artículo 106 del RBEL: ENSEÑANZA Y RECREO ESCOLAR. En efecto, según se nos indica por el propio Ayuntamiento, tal Centro de interpretación servirá para realizar acciones de concienciación, entre otros, con la población y colegios. Es indubitado la grave situación del medio ambiente en general por la atravesada nuestro planeta, necesitado no sólo de acciones políticas a nivel global universal, sino también de acciones concretas e individualizadas que no sólo muestren el entorno natural sino que ayuden a concienciar sobre su necesaria conservación. Por tanto, no sólo podemos afirmar que este fin pretendido está cubierto por el mencionado artículo 106 del RBEL, sino que, además, redundará en el beneficio del común de los vecinos, verdaderos titulares de estos bienes, ya que ayudará a fomentar su conocimiento y conservación, haciéndolo compatibles con los otros usos contemplados en su Ordenanza Reguladora. Ordenanza Reguladora que quizás deba someterse a modificación a fin de recoger este nuevo uso de parte de los mismos.

## CONCLUSIÓN

Por esta Oficialía Mayor se considera que el uso pretendido por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ de parte de los bienes comunales queda perfectamente encuadrado entre los recogidos por el artículo 106 del RBEL: enseñanza y recreo escolar.

Dada la pormenorización de aprovechamientos recogidos en la Ordenanza Municipal reguladora de los aprovechamientos de estos bienes, consideramos conveniente proceder a su modificación a fin de recoger este pretendido nuevo uso de parte de los mismos .

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 referenciado, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

## **POSIBILIDAD DE ARRENDAMIENTO CON OPCIÓN DE COMPRA DE PARCELA DE NATURALEZA PATRIMONIAL**

En relación con el asunto epigrafiado y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### **ANTECEDENTES.**

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha 21 de marzo de 2019, el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, dirige escrito mediante el que solicita informe jurídico “... *ante las dudas que se plantean respecto de la viabilidad jurídica, en relación con el escrito presentado por una empresa, que desea emprender un negocio empresarial en esta localidad, y para ello, solicita / propone la cesión de suelo en alquiler con opción de compra de una parcela en suelo apto para urbanizar de propiedad municipal, con varias condiciones:*

*1. La parcela figura en el inventario municipal como bien de naturaleza patrimonial.*

*2. Según las NNSS de planeamiento, los usos admitidos en esa parcela son Comercial (en situación 2), Industrial (en todas las categorías y en situación 2) y garaje y aparcamiento (en situaciones 1 y 2).”*

- Junto con la solicitud se remiten los siguientes antecedentes:

1. Dos escritos presentados por la empresa (NRGE 2019/\_\_\_\_), de \_\_/\_\_/2019).

2. Consulta descriptiva y gráfica de datos catastrales del inmueble situado en la Zona \_\_\_\_\_ (polígono \_\_, parcela \_\_\_\_), referencia catastral \_\_\_\_\_, con una superficie de 20.275 m<sup>2</sup>.

Plano con delimitación del objeto de arrendamiento.

### **LEGISLACIÓN APLICABLE.**

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Código Civil (CC).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).

- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2.014/23/UE y 2.014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

- Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (TRLSRU).

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

- Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1.372/1986 (RBEL).

- Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.373/2009, de 28 de agosto (RGLPAP).

- Reglamento Hipotecario, aprobado por el Decreto de 14 de febrero de 1947 (RH).

## **FONDO DEL ASUNTO.**

1º. Dentro de las diversas clasificaciones de los contratos, se distinguen los contratos típicos, que cuenta con una concreta regulación, y los atípicos, los que careciendo de previsión específica se celebran al amparo de los principios de autonomía de la voluntad de las partes y de libertad de pactos, reconocidos en los artículos 1.091 y 1.255 del CC, respectivamente. De manera que estos contratos se regirán por lo acordado por las partes y, en lo no previsto, por preceptos de otros contratos afines o por la Jurisprudencia.

Tal es el caso del contrato arrendamiento con opción de compra que, si bien carece de regulación expresa en el CC, participa tanto el arrendamiento como de la opción de compra, ambos con regulación civil propia, y al que el último párrafo artículo 14 del RH, reconoce la posibilidad de su inscripción registral al establecer que *“Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:*

*Primera. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.*

*Segunda. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.*

*Tercera. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.*



*En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.”*

Pese a que el contrato arrendamiento con opción de compra carece de concepto legal, los tribunales se han ocupado del mismo con frecuencia, por lo que resulta procede acudir a la doctrina jurisprudencial. A este respecto la STS de 13 de noviembre de 1992 (con cita, entre otras de las Sentencias de 24 de octubre de 1990 y de 24 de enero, 28 de octubre y 23 de diciembre de 1991), fundamento de derecho segundo, ha declarado que «Debe entenderse como tal, aquel convenio por virtud del cual, una parte concede a la otra la facultad exclusiva de decidir sobre la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante. Así pues, constituyen sus elementos principales: La concesión al optante del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compra; la determinación del objeto; el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición, y la concreción de un plazo para el ejercicio de la opción; siendo por el contrario accesorio el pago de una prima.», añadiendo que «En el contrato de opción de compra, la compraventa futura está plenamente configurada, y depende del optante únicamente el que se perfeccione o no.” Por su parte, en Sentencia más reciente de 3 de abril de 2006, fundamento de derecho segundo, el Tribunal Supremo declara:

*“Como recuerda la sentencia de 6 de julio 2001, la jurisprudencia de esta Sala ha ido perfilando los caracteres y requisitos de la opción de compra. Como ejemplo puede tomarse, por los precedentes que a su vez cita, la de 14 de febrero de 1997, a cuyo tenor la opción de compra consiste en conceder al optante mediante cláusula inserta en el contrato de arrendamiento urbano, la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado a la oferta de venta, que por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercitada la opción oportunamente se extingue y queda consumada y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, sin que el optatario o concedente pueda hacer nada, en casos como el debatido, para frustrar su efectividad, pues basta para la perfección de la compraventa con el optante, como en el caso discutido se ha probado, que le haya comunicado la voluntad de ejercitar su derecho de opción (SSTS entre otras, de 13 noviembre ;1 y 22 diciembre 1992).*

*Dentro de los efectos de la opción, que se perfecciona una vez debidamente ejercitada el contrato de compraventa, éste queda sometido a su propia regulación (arts. 1.445 y ss. del CC), en la que figura el 1.450, que mantiene desde luego la perfección del contrato, aunque ni la cosa ni el precio se hayan entregado, como así lo corrobora en caso de opción la doctrina de esta Sala (sentencias, entre otras, de 3 febrero 1992), al poner de relieve que si bien el contrato de opción puede funcionar como preliminar de la compraventa, una vez consumado por su ejercicio en tiempo y forma, la enajenación ha de cumplirse en la forma pactada.”*

2º. El artículo 1 del TRRL recoge originariamente la previsión sobre la capacidad jurídica de la Entidades locales que, por considerarse que esa materia

debe figurar en la propia Ley de Bases, posteriormente fue introducida por la Ley 11/1999, de 21 de abril, en el artículo 5 de la LBRL:

*“Para el cumplimiento de sus fines y en el ámbito de sus respectivas competencias, las Entidades locales, de acuerdo con la Constitución y las leyes, tendrán plena capacidad jurídica para adquirir, poseer, reivindicar, permutar, gravar o enajenar toda clase de bienes, celebrar contratos, establecer y explotar obras o servicios públicos, obligarse, interponer los recursos establecidos y ejercitar las acciones previstas en las leyes.”*

En otro orden, el artículo 34.1 de la LCSP regula la libertad de pactos determinado que *“1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.”* Y la regulación de los contratos privados de la Administración está recogida en los artículos 24, 26 y 27 de la LCSP, en tanto que el artículo 9 excluye con carácter general las relaciones jurídicas, negocios y contratos en el ámbito patrimonial, que se regirán por la legislación patrimonial, con aplicación de los principios de la norma contractual en los términos del artículo 4 de esta misma norma.

3º. Pese a la dispersión normativa de la regulación sobre bienes de las entidades locales, resulta relativamente sencillo su determinación siguiendo el orden establecido en el artículo 1.2 del RBEL y el ámbito de aplicación específico de las normas de las que previsiblemente participa. De manera que el orden vendría encabezado por la LBRL y el TRRL, tras lo que seguirían la LPAP, la legislación autonómica, en su caso, y la legislación estatal no básica en materia de régimen local y bienes, la normativa no básica estatal, el propio RBEL y RGLPAP.

Ni la LBRL ni el TRRL regulan ni se refieren al contrato de arrendamiento con opción de compra de bienes inmuebles. Pese a ello, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, Informe 61/2006, de 26 de marzo de 2007, determina en su conclusión que *“Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que las Entidades Locales pueden utilizar la figura del arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles, al amparo de lo dispuesto en las Leyes de Contratos y de Patrimonio de las Administraciones Públicas, siéndoles atribuido expresamente por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas el carácter de contratos privados de la Administración.”*

En atención a la remisión que propone la Junta Consultiva en la conclusión transcrita, conviene aclarar que la propia LPAP precisa su aplicación a las entidades locales en el artículo 2 al establecer que *“2. Serán de aplicación a las comunidades autónomas, entidades que integran la Administración local y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas los artículos o partes de los mismos enumerados en la disposición final segunda.”*, y es el caso que al regular los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales en el apartado 4 del artículo 106, prevé de manera expresa el contrato de arrendamiento con opción de compra, determinado que *“4. Podrán concertarse contratos de arrendamiento con opción de compra sobre inmuebles del Patrimonio del Estado con sujeción a las mismas normas de competencia y procedimiento aplicables a las enajenaciones.”* A

pesar de que la disposición final segunda de la norma patrimonial no atribuye naturaleza básica al precepto transcrito debemos entender que es plenamente aplicable, por no haber previsión en contrario en normas de aplicación prevalente (como se ha dicho la LBRL y TRRL), por la amplia capacidad jurídica que reconoce a las entidades locales el transcrito artículo 5 de la LBRL y por permitirlo expresamente el apartado 1 del artículo 106 de la LPAP (precepto que si tiene atribuido carácter básico por el apartado 4 de la citada disposición final segunda), conforme al cual “1. La explotación de los bienes o derechos patrimoniales podrá efectuarse a través de cualquier negocio jurídico, típico o atípico.”

4º. En cuanto al procedimiento de adjudicación, regula la materia el artículo 83 del TRRL, estableciendo que “El arrendamiento de bienes patrimoniales de las Entidades locales se regirá, en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación por las normas jurídico-públicas que regulen la contratación.” Encontrándose el precepto en el título V de la norma, a los efectos de determinar su carácter básico o no, es de aplicación la disposición final primera, de la que resulta la siguiente regla: “1. De conformidad con la Disposición transitoria primera de la Ley 7/1985, de 2 de abril: ... / ... b) En las materias reguladas por los Títulos VI y VII se inferirá el carácter básico de sus preceptos según disponga la legislación estatal vigente en aquéllas. En todo caso, tendrán carácter básico los artículos 151.a), 167 y 169.” A la luz de la misma, debe entenderse que el artículo 83 del TRRL carece de naturaleza básica, por cuanto la LPAP resuelve la cuestión en el básico artículo 107.1 en los siguientes términos:

*“1. Los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente.”*

De modo que con carácter general el procedimiento de adjudicación habrá de ser el concurso, siendo la adjudicación directa reservada para supuestos excepcionales previstos expresamente, lo que, en su caso, habría que justificar suficientemente en el expediente.

El órgano competente para la aprobación del expediente habrá que determinarlo en atención a las reglas de reparto de competencias entre órganos de las entidades locales establecidas en los apartados 9 y 10 de la LCSP, que se transcriben a continuación:

*“9. En las entidades locales corresponde a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales la competencia para la celebración de los contratos privados, así como la adjudicación de concesiones sobre los bienes de las mismas y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando el presupuesto base de licitación, en los términos definidos en el artículo 100.1, no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros, así como la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados.*

*10. Corresponde al Pleno la competencia para celebrar contratos privados, la adjudicación de concesiones sobre los bienes de la Corporación y la adquisición de bienes inmuebles y*

*derechos sujetos a la legislación patrimonial así como la enajenación del patrimonio cuando no estén atribuidas al Alcalde o al Presidente, y de los bienes declarados de valor histórico o artístico cualquiera que sea su valor.”*

Este es el Informe Jurídico de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de cualquier otra asistencia o informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

# **PERMUTA DE BIENES PATRIMONIALES POR TERRENOS OCUPADOS POR LOS DEPÓSITOS DE ABASTECIMIENTO**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr/a. Alcalde/sa del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

## **ANTECEDENTES.**

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha 13 de mayo de 2019, el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, dirige escrito mediante el que solicita informe jurídico sobre la actuación que debe realizar el Ayuntamiento y el procedimiento a seguir, en relación con la permuta acordada de un solar de propiedad municipal por una parcela sobre la que están instalados los depósitos del servicio de abastecimiento de agua.

- Junto con la solicitud se remiten los siguientes antecedentes:

1. Certificación del acuerdo de 08/09/1984, adoptado por el Pleno de la Corporación, mediante el que se aprueba el compromiso de permuta, con el contenido literal del contrato celebrado en la misma fecha, entre el Ayuntamiento y D. \_\_\_\_\_.

2. Certificación acreditativa del contenido del informe de valoración de los inmuebles objeto de la permuta.

3. Escrito de los herederos de D. \_\_\_\_\_ (presentado por su hijo/a, D. \_\_\_\_\_, en nombre propio y de sus hermanos/as), en el que manifiestan su interés en mantener el acuerdo y solicitan que se lleve a efecto la permuta “como crea necesario” el ayuntamiento.

4. Informe de la Arquitecta Técnica Municipal, en relación con la permuta, con descripción de los inmuebles y de su valoración actualizada, tanto en cuanto a la superficie y descripción de los respectivos inmuebles como en cuanto al valor mismo.

## **LEGISLACIÓN APLICABLE.**

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Código Civil (CC).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).

- Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).

- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

- Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1.372/1986 (RBEL)

- Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto (RGLPAP).

- Reglamento Hipotecario, aprobado por el Decreto de 14 de febrero de 1947 (RH).

## **FONDO DEL ASUNTO.**

1º. Conforme al artículo 1.538 del CC la permuta es el *“Contrato por el que cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra.”* La permuta es uno de los negocios jurídicos que, conforme a los artículos 5 de la LBRL (introducido en la norma básica local por el artículo 1.1 de la Ley 11/1999, de 21 de abril) y 1 del TRRL, pueden celebrar las entidades locales para el cumplimiento de sus fines y en el ámbito de sus respectivas competencias.

La legislación local concibe la permuta como un negocio jurídico de enajenación; así se desprende del artículo 80 del TRRL que, tras exigir la subasta pública para llevar a cabo la enajenación de bienes patrimoniales añade que *“Se exceptúa el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario.”* Además, el artículo 112.2 del RBCL establece que *“2. No será necesaria la subasta en los casos de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 por 100 del que lo tenga mayor.”, en tanto que el artículo 118 de la misma norma añade que “Será requisito previo a toda venta o permuta de bienes patrimoniales la valoración técnica de los mismos que acredite de modo fehaciente su justiprecio.”*

Tales requisitos, expediente justificativo de la necesidad y limitación de valores y determinación del justiprecio, vienen siendo reiterados de manera constante por el Tribunal Supremo en sus sentencias. Por todas, en Sentencia de 16 de febrero de 2005 (con abundante cita de otras), fundamento de derecho cuarto, declara:

*“Queda patente, por lo tanto, que el art. 112 exige la instrucción de un expediente en el que se acredite la finalidad pretendida mediante la permuta (sentencia de 12 de febrero de*

2001). Expediente en el que habrán de obrar informes, dictámenes, discusiones o ponencias acerca de la citada necesidad, tal cual recuerdan las sentencias de este Tribunal de 29 de abril de 1993 y 31 de enero de 2000. Por lo tanto habrá de constar los intereses o necesidades públicas de cuya atención se trata, las razones por las que para dicha atención son más convenientes que otros los bienes que se pretenden adquirir por permuta así como la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y no por otros medios (sentencia de 17 (sic.) de abril de 2001).

Además de la necesidad de la misma también es preciso justificar la equivalencia de valores (sentencia de 31 de enero de 1990). «Necesidad» que integra un concepto jurídico indeterminado que como señala la sentencia de la antigua Sala Cuarta de este Tribunal de 1 de julio de 1988, recogida en la sentencia de 18 de octubre de 1990, y reiterado en la de 16 de julio de 2001, se concreta en la valoración de dos extremos diferentes que atañen a la necesidad de la adquisición de determinados bienes y, además, a que para tal adquisición, desde el punto de vista del interés público, resulte indicada la permuta.

Es decir que no basta con justificar la conveniencia sino la necesidad (sentencia de 2 de julio de 2002) lo que conlleva aportar los informes y las consideraciones técnicas, económicas y jurídicas que justificar dicha necesidad mediante los oportunos dictámenes periciales e informe del Secretario interventor, pues también debe constar que la diferencia de valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 por 100 del que lo tenga mayor. Y respecto a las tasaciones no se toman en cuenta los informes prestados a instancia de las partes interesadas sino los emitidos por los técnicos municipales que sólo pueden ser puestos en cuestión mediante la proposición y práctica de una prueba pericial verificada con los requisitos y garantías de contradicción establecidos en la Ley de Enjuiciamiento civil.

.../...

Requisitos ineludibles por cuanto no solo la subasta pública es la regla general en la enajenación de los inmuebles de los Entes locales sino porque además tal regla garantiza los principios constitucionales de igualdad, art. 14 CE, y eficacia de las Administraciones públicas, art. 103 CE, al colocar en posición de igualdad a todos los posibles interesados en la adquisición de los bienes locales (sentencias de 17 de abril de 2001 y de 15 de junio de 2002).

De manera que para acreditar la viabilidad de la permuta se exige justificación de la necesidad y conveniencia de llevarla a cabo, lo que se constatará en la necesidad de adquirir los terrenos de titularidad privada y la disposición de bienes para poder entregar a cambio de los terrenos que se necesitan, así como que para su adquisición se carece de los recursos dinerarios precisos. Se trata por tanto de acreditar que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y no por otros medios. Por último, hay que tener presente que la permuta no solo tiene que tener por objeto los bienes inmuebles que forman parte de la operación, sino que la posible diferencia de valores de los bienes, puede dar lugar a operaciones jurídicas diferentes, bien sea su liquidación en metálico o cualquier otra transacción que se considere apropiada.

2º. Por lo que concierne al supuesto concreto que se nos propone comprende el compromiso de permuta de bienes inmuebles, sin que se haya llevado a efecto su materialización. Efectivamente, de los antecedentes facilitados por el Ayuntamiento,

se deduce que el acuerdo adoptado por el Pleno de la Corporación en sesión de \_\_/09/1984 (certificación expedida con fecha 24/05/2019), se limita a la transcripción del contrato que se firma en la misma fecha (certificación acreditativa de su contenido expedida el 28/12/1999), lo que conduce a que es ese contrato lo aprobado y de su estipulación primera, párrafo primero, se puede comprobar que lo acordado es un compromiso de permuta, no la permuta misma, que queda diferida al momento en que el Ayuntamiento ultime el preceptivo expediente administrativo:

*“Primero.- El Excmo. Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ y D. \_\_\_\_\_ se comprometen a efectuar la permuta de cuatrocientos metros cuadrados de terreno de la Finca Rústica propiedad de la segunda por los metros cuadrados de terreno propiedad del Ayuntamiento, sitos en prolongación de la Calle \_\_\_\_\_, que sean necesarios hasta conseguir la equivalencia de valores de los dos terrenos permutado, una vez ultimado el expediente administrativo que el Ayuntamiento está obligado a instruir a este fin.”*

Tras ello, el Ayuntamiento ocupa el terreno necesario para la construcción del depósito de abastecimiento en virtud de la autorización contenida en la estipulación segunda: *“Segunda.- La Señora \_\_\_\_\_ autoriza al Excmo. Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ para que de inmediato pueda disponer de los cuatrocientos metros cuadrados de terreno objeto de permuta a fin de llevar a cabo la construcción del depósito de aguas.”*

Esta la situación real, con la salvedad de que el terreno realmente ocupado son 500 metros cuadrados, según se extrae, tanto de la certificación acreditativa de la valoración, de fecha 28/12/1999, como del informe técnico de 30/04/2019. Asimismo, se detecta diferencia en la superficie del terreno objeto de entrega por el Ayuntamiento, cuya superficie real, según consta en el informe técnico de 30/04/2019, es de 109 metros cuadrados, en tanto que la superficie que consta en la valoración a la que se refiere la certificación de 28/12/1999 es de 165,44 metros cuadrados.

3º. Por tanto, procede que el Ayuntamiento, conforme a lo exigido por el artículos 109 y 112 y siguientes del RBEL y de acuerdo con el compromiso consignado en la estipulación primera del contrato de \_\_/09/1998, proceda a la tramitación del correspondiente expediente de permuta, con incorporación de los siguientes documentos y antecedentes:

- Justificación de la necesidad de llevar a cabo la permuta.
- Depuración física y jurídica de los respectivos inmuebles objeto de la permuta y aportación de la documentación justificativa de la misma.
- Informe de la valoración técnica de los bienes, mediante el que se acredite fehacientemente su justiprecio y que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 por 100 del que lo tenga mayor.
- Informe de la Intervención acreditativo del porcentaje que supone el valor de la permuta en relación con los recursos ordinarios del presupuesto, a los efectos previstos en el artículo 109.1 del RBEL y para determinación del órgano competente para la aprobación del expediente.



- Caso de tener distinto valor los bienes objeto de permuta, informe de fiscalización del gasto o de control del ingreso, según resulte.

5°. Formado el expediente, se someterá a la consideración del órgano competente para su aprobación, que se determinará en atención a las reglas de reparto de competencias entre órganos de las entidades locales establecidas en los apartados 9 y 10 de la disposición adicional segunda de la LCSP, que se transcriben a continuación:

*“9. En las entidades locales corresponde a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales la competencia para la celebración de los contratos privados, así como la adjudicación de concesiones sobre los bienes de las mismas y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando el presupuesto base de licitación, en los términos definidos en el artículo 100.1, no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros, así como la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados.*

*10. Corresponde al Pleno la competencia para celebrar contratos privados, la adjudicación de concesiones sobre los bienes de la Corporación y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial así como la enajenación del patrimonio cuando no estén atribuidas al Alcalde o al Presidente, y de los bienes declarados de valor histórico o artístico cualquiera que sea su valor.”*

En el caso de que el bien de titularidad municipal objeto de la permuta exceda del 20 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto, conforme al artículo 47.2.m) de la LBRL, el acuerdo se adoptará con el quórum de mayoría absoluta, y si ese mismo porcentaje fuera superior 25 por 100, en aplicación de lo establecido en el artículo 109.1 del REBEL, no podrá aprobarse la permuta hasta haber obtenido la preceptiva autorización del órgano competente de la Comunidad Autónoma.

Por último, se hace constar que los artículos 1.280 del CC y 113.1 de la LPAP exigen que la formalización del contrato se lleve a cabo mediante la correspondiente escritura pública.

Este es el Informe Jurídico de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de cualquier otro informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



# RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA ACUERDO DE DENEGACIÓN DE ACCIÓN DE RECUPERACIÓN DE DOMINIO PÚBLICO

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

## ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha 18 de julio de 2019 (Nº Registro REGAGE19s\_\_\_\_\_), el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, dirige escrito mediante el que solicita informe jurídico en relación con el siguiente asunto:

*“Ante los continuos escritos presentados por un vecino, en relación con la pretensión que un acceso a una vivienda, pudiera ser público; de lo que no hay constancia. Y ante la pretensión de informe acerca del procedimiento, así como de las medidas a tomar; considerando desde esta alcaldía que no hay constancia que dicho acceso sea público.*”

*Ruego informe a este Ayuntamiento, y en particular sobre el último escrito presentado.”*

- Junto con la solicitud se remiten los siguientes antecedentes:

1. Expediente de Comunicación previa presentada por D. \_\_\_\_\_ con fecha, \_\_/\_\_/\_\_\_\_, para cerramiento de patio que da a la calle, con emplazamiento en C/ \_\_\_\_\_, nº. \_\_\_\_\_. También consta Informe favorable de los servicios técnico, de la misma fecha.

2. Escrito de D. \_\_\_\_\_, presentado con fecha \_\_/\_\_/\_\_\_\_ (NRE\_\_\_\_), mediante el que solicita copia del expediente de comunicación previa reseñado en el apartado anterior o, en su caso, acceso al expediente.

3. Notificación de Resolución de 16/10/2018 (NRS \_\_\_\_, de 25/10/2019), mediante el que se autoriza el acceso solicitado por el Sr. \_\_\_\_\_.

4. Escrito de D. \_\_\_\_\_, de fecha 28/01/2019 (NRE \_\_\_\_\_, de 05/02/2019), mediante el que solicita la iniciación de expediente de investigación y recuperación del terreno presuntamente usurpado.

5. Informe técnico en relación con la petición de investigación y recuperación del espacio al que se refiere el escrito anterior, emitido con fecha, \_\_/\_\_/2019.

6. Escrito de D. \_\_\_\_\_, presentado con fecha \_\_/\_\_/2019 (NRE\_\_\_\_), mediante el que solicita acceso al expediente completo sobre investigación y recuperación.

7. Notificación de Resolución de 25/06/2019 (NRS \_\_\_\_, de 26/06/2019), mediante el que se autoriza el acceso solicitado por el Sr. \_\_\_\_\_, a las 10:00 horas del día, 04/07/2019, y se desestima la solicitud de recuperación de oficio.

8. Escrito de D. \_\_\_\_\_ de 10/07/2019, presentado en la Oficina de correos de \_\_\_\_\_ con fecha, \_\_/\_\_/2019, recibido en el Ayuntamiento el día, \_\_/\_\_/2019 (NRS \_\_\_\_), mediante el que se interpone recurso de reposición contra la resolución de 25/07/2019, solicitando:

*1º. Que teniendo por presentado este Recurso de Reposición y alegaciones, en tiempo y forma, se sirva admitirlo.*

*2º. Que conforme a los datos aportados por esta parte y obrantes en ese Ayuntamiento, por la Secretaría-Intervención, se emita informe jurídico sobre, contenido del expediente y legalidad o no del mismo, conforme a la legislación vigente, así como del procedimiento preceptivo a seguir sobre la apertura de expediente de investigación y recuperación de bienes públicos a instancias de persona interesada o denunciante.*

*3º. Que por la Alcaldía se sirva estimar el Recurso y conforme a lo establecido en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas, se resuelva declarar la nulidad del acto o Resolución de 11/06/2019, y previos los estudios e informes preceptivos, sea elevar al Pleno propuesta de apertura de expediente de investigación y recuperación para determinar que el espacio existente (al menos el terreno lindero marcado con "P" en el gráfico catastral de 24 m<sup>2</sup>) frente a la vivienda sito en la calle \_\_\_\_\_ nº 30, es vía pública."*

#### **LEGISLACIÓN APLICABLE.**

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Código Civil (CC).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas (LPACAP).
- Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1.372/1986 (RBEL).
- Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.373/2009, de 28 de agosto (RGLPAP).

- Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (RD 128/2018).

## FONDO DEL ASUNTO.

1º. Como cuestión preliminar conviene recordar que entre el elenco de potestades que el artículo 4.1 de la LBRL otorga a los municipios el apartado b) incluye las de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes, en tanto que el artículo 68.1 impone a las Entidades locales la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos, al tiempo que, en los apartados siguientes, regula la acción pública que otorga a los vecinos, en los términos que se transcriben a continuación:

*“2. Cualquier vecino que se hallare en pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la Entidad interesada. Este requerimiento, del que se dará conocimiento a quienes pudiesen resultar afectados por las correspondientes acciones, suspenderá el plazo para el ejercicio de las mismas por un término de treinta días hábiles.*

*3. Si en el plazo de esos treinta días la entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la Entidad local.*

*4. De prosperar la acción, el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la Entidad de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieran seguido.”*

Por su parte, el artículo 45 del RBEL, concreta el contenido de la facultad de investigación, que versará sobre “... la situación de los bienes y derechos que se presuman de su propiedad, siempre que ésta no conste, a fin de determinar la titularidad de los mismos.” Su ejercicio podrá acordarse, conforme al artículo 46 de la misma norma, tanto de oficio como por denuncia de los particulares.

Con finalidad distinta, el artículo 82 de la LBRL (en términos similares el artículo 70.1 del RBEL) atribuye la prerrogativa de recuperación de oficio de la posesión de sus bienes, que podrá ejercerse en cualquier momento cuando se trate de bienes de dominio público y cuyo ejercicio podrá acordarse asimismo tanto de oficio como por denuncia de los particulares, por la remisión que realiza el artículo 70 del reglamento al citado artículo 46.

2º. Del contenido del escrito que el Sr. \_\_\_\_\_ dirige con fecha 28/02/2019, cabe concluir que el mismo no anuncia el ejercicio de la acción pública de recuperación, sino que se limita a denunciar una presunta ocupación con la finalidad de que sea el propio Ayuntamiento el que lleve a cabo la correspondiente investigación y posterior recuperación del espacio público. A tales efectos sostiene la naturaleza de dominio público de un espacio de 24 metros cuadrados que comunican la entrada de la vivienda situada en c/ \_\_\_\_\_, nº. \_\_, con la calle misma, aportando a tales efectos diversa documentación gráfica y catastral.

El escrito fue remitido para informe del técnico municipal, que detalla los antecedentes recabados al respecto y contesta puntualmente las manifestaciones del Sr. \_\_\_\_\_, aporta diversos indicios de interés para el caso: la existencia de otros entrantes similares; en relación con la superficie catastral, de la que parece deducirse que el espacio en cuestión; y la existencia de un canal de recogida de aguas del faldón del tejado de la casa del Sr. \_\_\_\_\_, con el fin de dirigir las a la calle sin utilizar un canalón sobre el pretendido espacio público. No obstante, concluye el informe señalando que “...*existen discrepancias entre planos actuales y más antiguos, entiendo que se podría investigar más a fondo en planos históricos y otros datos, que pudieran aclarar algo más la situación, pidiendo información a Catastro.*”

Debe advertirse que el artículo 47 del tan citado RBEL impone al denunciante la carga de anticipar “... *el importe de los gastos en la cuantía que se estime necesaria, que no será menor de 10.000 pesetas ni excederá de 100.000.*” Como contrapartida el párrafo segundo del mismo precepto obliga al Ayuntamiento “... *a justificar detalladamente los gastos efectuados y a devolver, en su caso, el sobrante.*”

Por último, y en relación con la conclusión del informe del técnico municipal, se recuerda que el artículo 48 del RBEL, al regular la prerrogativa de investigación prevé que “*Recibida la denuncia o comunicación, y antes de acordar la apertura del expediente, se procederá a un estudio previo sobre la procedencia del ejercicio de la acción investigadora.*” Se considera por tanto que procede llevar a cabo unas diligencias previas, recabando la información a la que alude el informe del técnico municipal, resultando procedente: solicitar en el Registro de la Propiedad notas registrales de los inmuebles implicados en la investigación, con el fin de comprobar los linderos, superficie, o cualquier otra información que permita aclarar la situación; información y antecedentes sobre la ejecución de obras municipales o por particulares en el espacio, etc.

Si el estudio determinase la procedencia del expediente de investigación, procederá su incoación, con la tramitación prevista en los artículos 49 a 53 de la misma norma, que sucintamente se detalla:

1. Acuerdo de iniciación del expediente y publicación en el BOP y tablón de anuncios por plazo de quince días.
2. Traslado del acuerdo de iniciación a las Administraciones Estatal y Autonómica.
3. Admisión de alegaciones por plazo de un mes a contar desde la terminación de la publicación del anuncio y notificación personal a los afectados en el expediente, caso de ser conocidos y estar identificados.
4. Apertura de un período de pruebas.
5. Efectuadas y valoradas las pruebas se pondrá de manifiesto el expediente para alegaciones por plazo de diez días a las personas a quienes afecte la investigación que hubieren comparecido.

6. Resolución del expediente, previo informe del Secretario de la Corporación, mediante acuerdo del órgano competente que, conforme al artículo 34 del RBEL, será el Pleno al tener atribuida la competencia para aprobación del inventario y su rectificación y comprobación.

7. Si la resolución es favorable, se procederá a la tasación del bien y a su inclusión en el inventario, y la adopción de las medidas tendentes a la efectividad de los derechos de la Corporación.

3º. El recurso de reposición contra la resolución de la Alcaldía de 26/06/2019, se interpone al amparo de los artículos 52 de la LBRL y 123 de la LPACAP y el mismo cumple con los requisitos formales exigidos y se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, de conformidad con los artículos 115.1 y 124.1 de la norma citada en último término, de manera que procede que se admita a trámite, al no darse ninguna de las causas de inadmisión previstas en el artículo 116.

En cuanto al fondo, además de la petición general de admisión y estimación del recurso (apartado 1º), contiene dos peticiones concretas. En primer lugar (apartado 2º), solicita “... *que por la Secretaría-Intervención, se emita un informe jurídico, sobre contenido del expediente y legalidad o no del mismo, conforme a la Legislación vigente, así como del procedimiento preceptivo a seguir sobre la apertura de expediente de investigación y recuperación de bienes públicos a instancias de persona interesada o denunciante.*” La regulación de la emisión de informes jurídicos por la Secretaría está regulada en los artículos 54 del TRRL y 3.3 del RD 128/2018, preceptos que en modo alguno amparan la emisión de informes a instancia de particulares, de modo que no procede estimar la solicitud, ello sin perjuicio de que haya de emitirse por darse cualquiera de las circunstancias determinadas en los preceptos citados.

Como segunda petición (apartado 3º), el recurrente pide que “... *se resuelva declarar la nulidad del acto o Resolución de 11/06/2019, y previo los estudios e informes preceptivos, sea elevar al Pleno propuesta de apertura de expediente de investigación y recuperación para determinar que el espacio existente (al menos el terreno lindero marcado con “P” en el gráfico catastral de 24 m2) frente a la vivienda sito en la calle \_\_\_\_\_ nº \_\_, es vía pública.*” El ejercicio de la de la potestad de recuperación de oficio está atribuido al Pleno de la Corporación, conforme a lo dispuesto en el artículo 22.2.j) de la LBRL, como de manera reiterada viene exigiéndose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; por todas Sentencia de 28 de mayo de 1992: “*Pues en efecto la legislación de Régimen Local vigente exige que en los casos como el de autos el acto de recuperación del camino, que desde luego debe ser debidamente fundado, sea dictado por el Pleno y no por el Alcalde.*”

Se considera que esta petición debe estimarse por cuanto la resolución recurrida, dictada por la Alcaldía, desestima la pretensión de ejercicio de la potestad de recuperación de oficio, por la razón apuntada en relación con la competencia para adoptar dicho acuerdo que, como se ha dicho, corresponde al Pleno de la Corporación. De manera que la resolución en lo que respecta a lo indicado incurre en causa de nulidad de pleno derecho, en los términos del artículo 47.1.b) de la LPACAP.

Además, conviene hacer constar que la resolución no se pronuncia en relación con la solicitud de iniciación de expediente de investigación, por lo que esta cuestión está sin resolver, salvo que se entienda desestimada, en aplicación de las reglas del artículo 24.1 de la LPACAP, toda vez que el plazo general de resolución establecido en el artículo 21.3 de la misma norma ha sido ampliamente superado, incluso al tiempo de dictarse la resolución ahora recurrida.

4º. En conclusión, este funcionario, considera que procede retrotraer las actuaciones al momento de la solicitud de \_\_\_/\_\_\_/2019, de iniciación de expediente de investigación y recuperación, toda vez que no se tiene constancia de que se haya dictado, conforme exige el párrafo segundo del artículo 21.1 de la LPACAP, la correspondiente resolución declarativa de la caducidad del procedimiento. Debiendo adoptarse las siguientes medidas:

1. Proceder a la estimación de los gastos derivados del procedimiento de investigación, por importe no inferior a 60,10 euros ni superior a 601,01.

2. Requerir al denunciante para que haga efectivo el importe de la tasación y aporte los documentos probatorios en los que sustenta su denuncia (principalmente su escritura de propiedad).

3. Realizar un estudio previo sobre la procedencia del ejercicio de la acción investigadora, incorporando información registral y catastral, antecedentes sobre obras públicas o particulares realizadas, informe técnico, etc.

A la vista de la información obtenida estará el Ayuntamiento en condiciones de decidir sobre el ejercicio de la acción de investigación y si de la misma resultaran indicios de la naturaleza pública del referido espacio, tramitar el procedimiento en los términos previstos en los artículos 49 a 53 del RBEL, al que se ha hecho referencia en el apartado 2 del presente informe. Caso contrario, procederá dar por concluido el procedimiento, dando traslado del acuerdo a los interesados en el mismo.

Esta es el Informe Jurídico de la Oficialía Mayor (Asistencia y Asesoramiento Jurídico Local) en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de cualquier otra asistencia o informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



## EXPROPIACIÓN FORZOSA DE SUELO DOTACIONAL A REQUERIMIENTO DE LOS PROPIETARIOS

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha \_\_ de \_\_ de 2019, se recibe a través de ORVE nº de anotación 620\_\_\_\_\_, escrito del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ mediante el que solicita asistencia técnica y jurídica en la tramitación de expediente administrativo en relación con *“Conforme a la solicitud y documentación adjunta de un ciudadano de la localidad sobre la expropiación de una parcela con calificación de Suelo Institucional/Equipamiento (dotacional), solicito asesoramiento sobre si procede y en el caso de ser así, la asistencia en tramitación del expediente administrativo.”*

- Junto con la solicitud se remite la siguiente documentación:

- Escrito encabezado por DON \_\_\_\_\_, que actúa en nombre propio y en representación del resto de propietarios de la finca de \_\_\_\_\_, inscrita en el Registro de la Propiedad nº \_\_ de \_\_\_\_\_, con el nº \_\_\_\_\_, mediante el que requiere al Ayuntamiento *“... en virtud de lo establecido en el artículo 104.2 de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura, la expropiación de la finca nº \_\_\_\_ inscrita en el Registro de la Propiedad de Badajoz nº y referencia catastral parcial 3360821\_\_\_\_\_ con calificación de Suelo Institucional/Equipamiento.”*

- Copia de la Nota Simple Informativa expedida por el Registro de la Propiedad nº \_\_ de \_\_\_\_\_, con fecha \_\_/03/2019, relativa a la finca \_\_\_\_\_ (IDUFIR: 0601\_\_\_\_\_) de \_\_\_\_\_, con una superficie de 206,32 metros cuadrados.

- Informe técnico de \_\_/\_\_/2019, emitido por El Servicio de Edificación y Protección Ambiental del Ayuntamiento en relación con la calificación del suelo de la referida finca, en el que se señala lo siguiente:

*“Las Normas Subsidiarias de planeamiento de la Localidad definen las siguientes condiciones:*

*1.- Se encuentra en Suelo Urbano.*

*2.- De acuerdo la cartografía de Normas Subsidiarias de planeamiento el suelo se clasifica como Institucional/Equipamiento.*

3.- *La definición, delimitación, usos y condiciones son lo regulados en las Normas Subsidiarias del municipio son las establecidas en:*

*Título V. Condiciones reguladoras de la edificación y usos: Capítulo 2. Condiciones generales de uso e higiene en la edificación. Sección 5.- Uso equipamental (Art. V53-58) y, Capítulo 4. Condiciones particulares de la zona en la edificación. Sección 6.- Institucional (art. v, 463-169)."*

El referido informe se acompaña del anunciado croquis de situación en las Normas Subsidiarias.

### **LEGISLACIÓN APLICABLE.**

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (TRLSRU).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura (LOTUS).
- Reglamento de Planeamiento de Extremadura, aprobado por el Decreto 7/2007, de 23 de enero (RPEX).
- Normas Subsidiarias del Planeamiento Municipal de \_\_\_\_\_ R-001, aprobada definitivamente con fecha \_\_/\_\_/1993, publicada en el DOE nº \_\_\_\_\_, de \_\_/\_\_/1993 (NNSS-TR R-001).

### **FONDO DEL ASUNTO.**

1º. Si bien el artículo 5.1 de la LPACAP faculta a los interesados con capacidad de obrar a actuar por medio de representante, el apartado 3 del mismo precepto exige que *"3. Para formular solicitudes, presentar declaraciones responsables o comunicaciones, interponer recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación." Añadiendo en el apartado siguiente que "4. La representación podrá acreditarse mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de su existencia."*

Para el caso de que no se acredite la representación o esta resulte insuficiente el apartado 6, siempre del mismo precepto, establece que se tenga por realizado el acto

en cuestión siempre que se aporte “... dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran.” Corresponde pues al Ayuntamiento llevar a cabo el requerimiento al que se refiere el precepto transcrito, debiendo ponderar si resulta procedente el plazo mínimo de diez días o si otorgar uno mayor, como parece razonable a la vista del número de copropietarios que constan en la nota simple del Registro de la Propiedad. De manera que si se atiende el requerimiento en el plazo señalado se proseguirán las actuaciones a que haya lugar; caso contrario, si no se atendiera, la consecuencia no será otra que la prevista en el encabezamiento del precepto, es decir, se tendrá por no realizado el acto, lo que no impedirá que se presente una nueva solicitud, debidamente documentada, si lo tiene por conveniente.

2º. En cuanto al fondo del asunto, resulta determinante establecer la naturaleza del equipamiento, porque dependiendo de que se trate de un sistema general o local tendrá consecuencias distintas a estos efectos.

El artículo 5.3 de la LOTUS diferencia conceptualmente uno y otro al señalar que “3. A efectos de ordenación, se definen los siguientes ámbitos:

.../...

*c) Sistema general urbano o supramunicipal: es el conjunto de suelo público destinado a dotaciones, zonas verdes y espacios libres, que forma parte de la ordenación estructural porque su servicio y funcionalidad abarcan una población de un núcleo de relevancia territorial (sistema general urbano) o de un ámbito territorial supramunicipal (sistema general supramunicipal). Tienen la condición de bienes de dominio público.*

*d) Sistema local: es el conjunto de suelo público destinado a dotaciones, zonas verdes y espacios libres, que forma parte de la ordenación detallada porque su servicio y funcionalidad abarcan una población de un núcleo base o de un ámbito parcial de un núcleo de relevancia territorial. Tienen la condición de bienes de dominio público.”*

A este respecto consultada los preceptos citados en el informe técnico de las normas urbanísticas no arrojan ninguna luz en cuanto a que los terrenos en cuestión formen parte del sistema general urbano o supramunicipal o del sistema local, por lo que tal determinación deberá determinarse mediante el correspondiente informe técnico, a la vista del destino que asigne el planeamiento a los terrenos.

3º. La misma norma, en los artículos 102 y 104, prevé distintas formas de obtención y, en su caso, diferentes procedimientos para adquisición de los terrenos dotaciones, en atención a que se trate de sistemas locales o sistemas generales. Así el artículo 102 prevé que “*Los suelos afectos a dotaciones públicas de carácter local comprendidos en el ámbito de una actuación simplificada de nueva urbanización se obtendrán por la Administración actuante, en virtud de:*

- *Cesión mediante compromiso asumido en el convenio urbanístico que deberá suscribirse entre la Administración y las personas propietarias afectadas.*

- *Cesión por determinación del proyecto de reparcelación, voluntaria o forzosa, aprobado.*

- *Expropiación por la Administración actuante.*”

Tratándose de sistemas generales, el artículo 104 de la LOTUS, establece que “... se obtendrá según las determinaciones establecidas en función de la modalidad de ejecución.

• *Cuando esté incluido o adscrito a un sector o unidad de actuación integral, en virtud de cesión obligatoria, con ocasión de la reparcelación para la justa distribución de los beneficios y cargas en la correspondiente unidad de actuación.*

• *Cuando estando adscrito a un sector o unidad de actuación sea necesario anticipar su obtención al proceso de reparcelación, mediante expropiación, ocupación directa o permuta forzosa. Efectuada la expropiación o permuta forzosa, la administración expropiante se incorporará a la unidad de actuación que corresponda y por la superficie en cada caso expropiada.*

• *Cuando no esté adscrito a sector o unidad de actuación algunos, se obtendrán por expropiación o permuta forzosa.*

• *Cuando esté incluido o adscrito a una unidad de actuación simplificada, se obtendrá por expropiación.*”

Tanto del informe de los servicios técnicos municipales como del croquis anexo al mismo parece deducirse que no están adscritos a sector o unidad de actuación alguno, por lo que su obtención se realizará, conforme a lo establecido en el apartado c) anterior, mediante expropiación o permuta forzosa. De modo que, si efectivamente tuvieran la condición de sistema general y “... el sistema previsto por el planeamiento para la obtención del suelo destinado a sistemas generales es el de expropiación ...”, su adquisición podría llevarse a cabo a través del particular sistema previsto en el apartado 2 del precepto citado en último término, que obliga a que se materialice en los cinco años siguientes a la aprobación del planeamiento. De no llevarse a cabo la expropiación, el precepto faculta al propietario a efectuar el correspondiente requerimiento (sin que a estos efectos determine plazo alguno) que, caso de no incoarse por la Administración durante el plazo de seis meses, daría inicio al procedimiento expropiatorio, con las siguientes consecuencias:

1. Los propietarios podrán presentar las correspondientes hojas de aprecio.
2. El Ayuntamiento dispone de tres meses para notificar la aceptación o presentar hojas de aprecio contradictorias.
3. Si los propietarios no reciben la comunicación de aceptación o se les notifican hojas de aprecio contradictorias, pueden dirigirse al jurado de valoraciones para que fije el justiprecio.

## CONCLUSIONES

En conclusión se considera:

1. El Ayuntamiento debe requerir al interesado para que en un plazo no inferior a diez días presente la acreditación de la representación que manifiesta ostentar.

2. Si no se aportara dicha documentación se dará por no realizado el acto.

3. Simultáneamente debe solicitarse informe a los servicios técnicos municipales con la finalidad de determinar:

- Si el suelo dotacional en cuestión es sistema local o sistema general.
- Si está incluido en un sector o unidad de actuación.
- El procedimiento de obtención que prevé el planeamiento municipal.

4. Si del informe resulta que el terreno en cuestión es un sistema local, el Ayuntamiento podrá iniciar o no, según convenga a sus intereses, el correspondiente procedimiento tendente a su obtención por cualquiera de los medios previstos en el citado artículo 102 de la LOTUS.

5. Si se tratara de un sistema general, una vez acreditada la representación por el interesado, el Ayuntamiento podrá tomar la iniciativa tendente a la expropiación o dejar transcurrir el plazo correspondiente, con las consecuencias señaladas al final del apartado 3°.

Este es el informe de la Oficialía Mayor (Asistencia y Asesoramiento Jurídico Local) en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



# OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA DE PARCELA PARA SU POSTERIOR INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

## ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha 12 de septiembre de 2019, se entrega directamente en la Oficialía Mayor formulario de actuaciones del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, mediante el que solicita informe jurídico y consulta en relación con la tramitación final de la \_\_\_\_\_.

- Junto con la solicitud se remite los siguientes antecedentes en relación con la enajenación de una parcela en Traseras de la calle \_\_\_ a Don \_\_\_\_\_:

- Carta de pago de \_\_\_/\_\_\_/1981, acreditativa del abono realizado por el Sr. \_\_\_\_\_, por importe de 252.000 pesetas (1.514,55 euros), en concepto de *“seiscientos treinta metros cuadrados (30 x 21) de terreno que le han sido vendidos por el Ayuntamiento en las Traseras de calle \_\_\_\_\_.”*

- Expediente de licencia de obras a instancias de Sr. \_\_\_\_\_, para cerramiento de solar en Traseras de calle \_\_\_\_\_, iniciado con fecha \_\_\_/\_\_\_/1986.

- Informe emitido por el Arquitecto jefe de Área del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, con fecha, \_\_\_/\_\_\_/1992, en relación con la Referencia Catastral \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, Finca \_\_\_, s/n, en el que se hace constar:

*“Desde la última revisión figura omitida esta parcela catastral. Procede, pues, darla de alta con los siguientes datos:*

*Ref. Cat.: \_\_\_\_\_ Solar.*

*Titular: \_\_\_\_\_.*

*D.N.I.: \_\_\_\_\_.*

*Superficie: 740 m<sup>2</sup>.*

*Valor catastral implantación: 1.753.800 pesetas.”*

- Certificado del Ayuntamiento expedido con fecha, \_\_\_/\_\_\_/1997, acreditativo de que *“... la finca Referencia Catastral n° \_\_\_\_\_, que figura a nombre de D. \_\_\_\_\_, con*

domicilio tributario: \_\_\_\_\_, corresponde en realidad según planos urbanísticos y n° de gobierno, a Prolongación Calle \_\_\_\_\_, s/n.”

- Copia de recibo de la tasa de alcantarillado de 1998.

- Copia de recibo de IBI Urbana de 2007: Sujeto Pasivo: \_\_\_\_\_; Objeto tributario: C/ \_\_\_\_\_, 2, Suelo; Referencia catastral \_\_\_\_\_.

- Acta de presencia otorgada por Don \_\_\_\_\_ con fecha, \_\_/\_\_/2007, ante el Notario de \_\_\_\_\_, Don \_\_\_\_\_, con el siguiente contenido:

**“EXPONE**

I.- *Que es propietario de un solar, sito en suelo urbano consolidado, en \_\_\_\_\_, calle \_\_\_\_\_, 2 (A), traseras de calle \_\_\_\_\_. Se incorpora a la presente certificación catastral descriptiva y gráfica. Me entrega alteración catastral para su incorporación a esta matriz.*

II.- *Que dicho solar forma parte del núcleo urbano, está integrado en él y está ya urbanizado contando, en proporción adecuada, con acceso rodado por vía urbana municipal, abastecimiento de aguas, suministro de energía eléctrica y evacuación de aguas residuales.*

III.- *Para dejar constancia de lo anterior,*

**ME REQUIERE**

*a mí el Notario para que en su compañía me constituya en el solar indicado anteriormente y allí acredite y haga constar que las fotografías que allí se obtendrán relativo al objeto del requerimiento coinciden con la realidad por mí observada y para que protocolice dichas fotografías con esta matriz y acompañe sus duplicados a la primera que de la presente se libre.*

*Acepto el requerimiento que cumplimentaré mediante las oportunas diligencias.*

.../...

*Diligencia.- (Relativa la Acta \_\_-\_\_-0815.*

*En \_\_\_\_\_, el mismo día del requerimiento.*

*La pongo yo el Notario, para hacer constar que a las trece horas y quince minutos del día de hoy, me constituyo acompañado del requirente, en el lugar consignado en el acta inicial, donde se realizan las fotografías de los particulares por él interesados en orden al objeto del requerimiento.*

*Dichas fotografías que son fiel reproducción de la realidad por mi observada, se incorporan a la presente formando parte integrante de la misma.”*

Unidos al acta de presencia figuran los siguientes documentos:

- Certificación catastral descriptiva y gráfica del siguiente inmueble: Referencia catastral \_\_\_\_\_; Situación: C/ \_\_\_\_\_, 2A, Suelo; Titular: \_\_\_\_\_; Superficie: 765 m<sup>2</sup>.



- Copia del informe informe emitido por el Arquitecto jefe de Área del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria con fecha, \_\_/\_\_/1992, al que ya se ha hecho referencia.

- Ocho fotografías.

- Copia del informe emitido por el Arquitecto Técnico Municipal con fecha, 22/01/2009, en el que se hace constar *“Que la parcela urbana cuya titularidad catastral corresponde a D. \_\_\_\_\_, con D.N.I. n.º \_\_\_\_\_ englobada en la \_\_\_\_\_, cuenta con una superficie de 690 m<sup>2</sup>, según la medición contrastada y obrante en este Ayuntamiento.”* En el referido informe constan asimismo la firma y el sello del Alcalde.

- Copia del “Convenio en regulación de las relaciones entre la Agrupación de Interés Urbanístico\_\_\_\_ y Don \_\_\_\_\_”, celebrado con fecha 5 de febrero de 20\_\_, y de informe anexo, emitido con fecha \_\_/\_\_/2009, por el Arquitecto Técnico Municipal, en el que se hace constar *“Que la parcela urbana cuya titularidad catastral corresponde a D. \_\_\_\_\_, con D.N.I. n.º \_\_\_\_\_, cuenta con una superficie de 690 m<sup>2</sup>, según la medición contrastada y obrante en este Ayuntamiento.”*

#### **LEGISLACIÓN APLICABLE.**

- Constitución Española de 1978 (CE).

- Código Civil (CC).

- Texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1.346/1976, de 9 de abril (TRLSOU 1976).

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

- Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura (LSOTEX), norma aplicable en el procedimiento de gestión de la UA-21A.

- Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto 3.288/1978, de 25 de agosto.

- Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Decreto de 27 de 1955 (RBEL 1955), norma aplicable en el momento de llevarse a efecto la enajenación.

- Normas Subsidiarias del Planeamiento de \_\_\_\_\_ publicadas en el BOP nº \_\_\_\_\_, de \_\_/\_\_/1980 (NNSS PC).

## FONDO DEL ASUNTO.

1º. Como se detalla en la descripción del asunto objeto del presente informe, se trata de otorgar la pertinente escritura pública de compraventa de una parcela enajenada por el Ayuntamiento a un particular, con el fin de proceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Con independencia de cualquier otra consideración en relación con la necesaria y conveniente inscripción registral de los bienes inmobiliarios, en este caso resulta imprescindible, con el fin de dar cumplimiento a la obligación de acreditar “... *la titularidad y situación de las fincas iniciales mediante certificación del Registro de la Propiedad de dominio y cargas.*”, prevista en el artículo 43.3.c).2ª de la LSOTEX y a lo establecido en los artículos 102 y siguientes del RGU.

El problema es que el preceptivo expediente de enajenación no se localiza o no existe. Es indudable que se llevó a cabo de la enajenación, pudiéndose constatar mediante la carta de pago de 18/08/1981, aportada por el Ayuntamiento que acredita la entrada de los fondos en el presupuesto de ingresos del Ayuntamiento:

- Capítulo 6º, enajenación de inversiones reales.
- Artículo 61, de terrenos.
- Concepto 611.1.
- Sujeto: Don \_\_\_\_\_.
- Importe: 252.000 pesetas.
- Concepto: “seiscientos treinta metros cuadrados (30 x 21) de terreno que le han sido vendidos por el Ayuntamiento en las Traseras de calle \_\_\_\_\_.”

La indicación de que el ingreso se realiza en el capítulo 6º del presupuesto, evidencia de que se deriva de la enajenación de la parcela que se describe.

2º. El procedimiento de enajenación de los bienes patrimoniales de los municipios se regulaba entonces en los artículos 94 a 106 del ya derogado RBEL de 1955, que impone como requisitos formales:

- La autorización (si su importe excede del 25 por 100 del presupuesto ordinario de ingresos) o, en su caso, puesta en conocimiento del Ministerio de la Gobernación (artículo 95, apartados 1 y 4).

- Celebración de subasta pública (artículo 98.1).

- Acuerdo del órgano correspondiente. Cuando su valor exceda del 10 por 100 del presupuesto ordinario de ingresos con el quórum cualificado de la mayoría de dos tercios del número de hecho y, en todo caso, de la mayoría absoluta del Pleno de la Corporación (artículo 99).

- Valoración técnica previa del bien objeto de enajenación que acredite, de modo fehaciente, su justiprecio (artículo 103).

En relación con el requisito de celebración de subasta pública, resulta procedente hacer constar que los artículos 168, 169 y 170 del entonces vigente TRLSOU 1976, pese a establecer la regla general de la subasta, facultaban la enajenación directa en diversos supuestos:

*“Artículo ciento sesenta y ocho.*

*Uno. La enajenación de terrenos pertenecientes a las Entidades Locales requerirá subasta pública, cuyo tipo de licitación será el valor urbanístico o, si excediere de éste, el que resulte de sumar al importe de adquisición la parte proporcional de las obras y servicios establecidos, gastos complementarios de gestión o preparación, alojamiento para familias o Empresas radicadas e indemnizaciones satisfechas.*

*Dos. Si la subasta quedare desierta, la Corporación podrá enajenar directamente dentro del plazo máximo de un año, con arreglo al precio tipo de licitación y estableciendo la obligación de comenzar la edificación en el plazo de seis meses y terminarla en otro adecuado a la importancia de la misma.*

*Artículo ciento sesenta y nueve.*

*Uno. No obstante, la enajenación de terrenos del Patrimonio municipal del suelo podrá efectuarse directamente para los siguientes fines:*

*a) Edificios públicos destinados a Organismos oficiales;*

*b) Edificios de servicio público, de propiedad pública o particular, que requieran un emplazamiento determinado sin propósito especulativo, como centros parroquiales, culturales, sanitarios o instalaciones deportivas, y*

*c) Construcción de viviendas por Organismos oficiales.*

*Dos. La enajenación se realizará por el precio que correspondiera en caso de subasta.*

*Tres. El Ministro de la Vivienda podrá aprobar pliegos de condiciones tipo, a los que habrán de ajustarse las cesiones directas y en los que se determinarán las obligaciones mínimas de los adquirentes y las garantías de todo orden.*

*Artículo ciento setenta.*

*Uno. Con los mismos requisitos señalados en el artículo anterior y los demás que se previenen en el presente, también podrán enajenarse directamente terrenos para edificar viviendas a los peticionarios siguientes:*

*a) Entidades de carácter benéfico y social que sean promotoras de viviendas de protección oficial; y*

*b) Personas económicamente débiles, para su acceso a la pequeña propiedad, en operaciones de conjunto aprobadas por al Ministro de la Vivienda, a iniciativa propia, de las Corporaciones Locales o del Instituto Nacional de la Vivienda.*

*Dos. En el supuesto del apartado b) que antecede, los Planes y pliegos de condiciones, con fijación del precio, se expondrán al público en la Casa Consistorial durante dos meses.*

*Tres. Dentro de ese plazo, las personas a quienes interesare adquirir parcelas dirigirán sus solicitudes al Ayuntamiento con los documentos justificativos de su situación familiar y económica.”*

3º. Siendo evidente la celebración de la enajenación, la falta de acreditación del expediente correspondiente impide conocer si los requisitos exigidos se han cumplido, de manera que la eventual revisión de oficio o declaración de lesividad a efectos de determinar la nulidad o anulabilidad del procedimiento, conforme a los artículos 47 y 48, respectivamente, de la LPACAP, resultaría fallida al no poder identificar el supuesto o supuestos de hecho que resultaría aplicables al caso concreto, pero sobre todo es que se desconoce qué acto es el que podría verse afectado por la eventual causa de nulidad o anulabilidad.

Además, procede recordar que el artículo 110 de la LPACAP limita la capacidad revisora de la Administración al señalar que *“Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.”*

En relación con ello, se hace constar la concurrencia de varias de las circunstancias enumeradas, que limitaría la capacidad revisora de la Administración:

- Prescripción de acciones: tratándose sobre bienes patrimoniales que, conforme al artículo 5.1 del RBEL de 1955, pertenecen al Ayuntamiento en régimen de derecho privado, cualquier acción sobre los mismos está prescrita conforme al artículo 1961 del CC *“Las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley.”*

- Transcurso del tiempo: En el presente caso, concurren los requisitos de buena fe y justo título para la prescripción adquisitiva del artículo 1957 del CC, pero es que además se da el requisito temporal del artículo 1959, conforme al cual el dominio se adquiere *“... por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe ...”*

- Otras circunstancias: la falta de expediente administrativo.

- Buena fe: que sería del particular afectado que ciertamente se considera propietario como queda acreditado en la ejecución de obras, inscripción catastral a su nombre, pago de impuestos, firma de convenio en relación con la parcela, etc., todo ello en virtud del título que le confiere la carta de pago expedida por el Ayuntamiento.

4º. Asimismo, el artículo 52 de la citada LPACAP permite la convalidación de los actos anulables, subsanando los vicios de que pudieran adolecer, estableciendo a tales efectos:

*“2. El acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto en el artículo 39.3 para la retroactividad de los actos administrativos.*

*3. Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.*

*4. Si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente.”*

En atención a ello, se considera conveniente llevar a cabo los siguientes trámites, para su incorporación al expediente:

- Informe pericial que tase los terrenos al valor que pudieran tener en el momento de llevarse a cabo la enajenación.

- Adopción de acuerdo por el órgano correspondiente, conforme a las reglas establecidas en los apartados 9 y 10 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que será la alcaldía, a la vista del importe de la enajenación, 1.514,55 euros, y el de los recursos ordinarios del Presupuesto publicado en el BOP nº \_\_, de \_\_/\_\_/2019, cuyo importe asciende a 3.852.248,01 euros.

- Comunicación a la Junta de Extremadura.

5°. Llevadas a cabo las actuaciones señaladas, este funcionario considera que el Ayuntamiento está en condiciones de otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa, título que, en aplicación de lo dispuesto en artículo 3 de la LH, en relación con el artículo 2. Primero de la misma norma, permite la inscripción del dominio en el Registro de la Propiedad. El órgano competente para concurrir al otorgamiento es asimismo la Alcaldía que, conforme a artículo 21.1.b) de la LBRL, ostenta la representación legal del Ayuntamiento.

La inscripción podrá ser instada, conforme al artículo 6 de la LH, tanto por el Ayuntamiento como por el particular, en calidad de transmitente y adquirente, respectivamente.

Este es el informe de la Oficialía Mayor – Área de Cooperación Municipal en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



## **VULNERACIÓN DE LA ORDENANZA MUNICIPAL DE POLICÍA Y BUEN GOBIERNO QUE PROHIBE CIRCULAR Y ESTACIONAR EN LA VÍA PÚBLICA VEHÍCULO DE GRAN TONELAJE. RESPONSABILIDAD DEL INFRACTOR EN EL DETERIORO DE LA VÍA.**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

Mediante escrito con R.E. \_\_\_\_\_, de fecha \_\_\_\_\_.19, el Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ solicita informe sobre la forma de proceder para exigir responsabilidad a un vecino que circula y estaciona vehículo de gran tonelaje en la vía pública, estando prohibido por la Ordenanza municipal.

### **LEGISLACIÓN APLICABLE.**

- Constitución Española (CE artículos 132 y 149.1).
- Ley 5/1985 de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local (LRBRL).
- Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).
- Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. (ROF).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Ley 33/2003 por la que se aprueba la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (artículo 28).
- Real Decreto 1.372/1986 de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL).
- Real Decreto Legislativo 2/2004 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales.

- Real Decreto 24 de junio de 1889 que aprueba el Código Civil. (CC artículos 338 a 344 y 1.902 y ss).

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **PRIMERO.- Ejercicio de las facultades de policía y sancionadoras en defensa de los bienes de dominio público.**

La Ordenanza de Policía y Buen gobierno aprobada por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_(B.O.P. \_\_.\_\_.2012) establece una serie de limitaciones en el tránsito de vehículos, así como las sanciones correspondientes ante el incumplimiento de dicha ordenanza (art. 21.15 y 25). En concreto se prohíbe el estacionamiento en vías urbanas de la población de vehículos de más de 3.500 Kg. de peso, los cuales tiene también prohibida la entrada en casco urbano, excepto para carga y descarga y venta ambulante.

La vía pública, de conformidad con lo previsto en el artículo 74.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) y el art. 2 del Real Decreto 1.372/1986 de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (en adelante, RBCL), es un bien de dominio público por estar destinado al servicio público, bien que el Ayuntamiento tiene la responsabilidad de conservar. Tanto la Ley 7/1985, en su artículo 68, como el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (art. 3 y 9), como el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales (art. 220) y la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (art. 28), coinciden en el mandato que tienen las Entidades Locales de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos. Con este fin, el legislador otorga una serie de potestades a los Ayuntamientos; la potestad de investigación, de deslinde, de recuperación de oficio, de desahucio administrativo y la potestad sancionadora para la defensa de su patrimonio y para asegurar la adecuada utilización del mismo, prerrogativas reiteradas en el art. 44 RBEL.

En el ejercicio de esta función y dado que la Ordenanza municipal de Policía y Buen Gobierno tipifica como infracción el tránsito y aparcamiento en la vía pública por vehículos de gran tonelaje, el ayuntamiento ha sancionado en sendas ocasiones el comportamiento de un vecino, actuación que ha sido avalada en sede judicial, actuación amparada por la facultad que el artículo 139 de la LRBRL atribuye a las entidades locales de tipificar como infracción determinadas conductas que llevarán aparejada la correspondiente sanción.

#### *Artículo 139 Tipificación de infracciones y sanciones en determinadas materias*

*Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes.*



## **SEGUNDA.- Exigencia de responsabilidad derivada de la comisión de infracción administrativa.**

El ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración, no se agota en el hecho de imponer y exigir el cumplimiento de la sanción. En el supuesto objeto de consulta el ejercicio de la potestad sancionadora por el Ayuntamiento finalizó con la imposición de sanciones económicas que han sido satisfechas por el infractor. Ahora bien, porque **nada obsta a que en la misma resolución que pone fin al procedimiento sancionador se exija que el infractor reponga la situación alterada a su estado originario siempre que, sus responsables lo hayan realizado a título de dolo o culpa.** Así el artículo 28.2 de la Ley 40/2015 dispone lo siguiente:

*“2 Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.*

La Ley posibilita que, una vez impuesta una sanción por la comisión de infracción, el órgano al que corresponde la imposición de la misma pueda exigir y reclamar al sancionado la indemnización por los daños ocasionados, en este caso a un bien de dominio público. El requisito del carácter evaluable del daño concurre cuando se ha producido un auténtico quebranto patrimonial, no cuando sólo ha habido simples molestias o perjuicios subjetivos sin trascendencia económica objetiva. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá mediante los mecanismos de ejecución forzosa que la Ley 39/2015 contempla (arts. 100 a 105)

Y ello es así, en cuanto a que de la reparación de los daños producidos, evidentemente el sancionado es responsable de los mismos y, por consiguiente, es el obligado a la reposición de la calle a su estado original.

Como hemos señalado, el Ayuntamiento tiene la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos, como así lo establecen los artículos 68 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local -LRBRL-, 220 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales-ROF- y 9 RBEL, amén del artículo 28 LPAP, antes transcrito.

Con arreglo a dicha normativa, la Administración como hemos señalado, requerirá al particular la reparación de los desperfectos causados, pudiendo, en caso contrario, ejecutar subsidiariamente las obras necesarias para reponer la calle a su estado inicial, a cargo del interesado.

Lo anterior resulta, a nuestro juicio, fundamento suficiente para reclamar al responsable administrativamente el pago de los daños causados, y que éstos pudie-

ran ser recaudados, en caso de incumplimiento, por la vía de apremio, evitándose con ello la necesidad de acudir a la vía judicial civil para reclamar el pago de las indemnizaciones procedentes, en virtud de lo previsto en el artículo 1902 del Código Civil, al ser competencia de los Tribunales del orden jurisdiccional civil, con carácter general, determinar y exigir la responsabilidad por los daños causados en los bienes de dominio público, de conformidad con lo establecido en distintas Sentencias del TS, caso de la de 26.10.1992 o de la de 30.11.1983.

En cualquier caso, la cuestión no resulta pacífica, por cuanto parte de la doctrina entiende que en los casos en los que la responsabilidad derive de daños en bienes de dominio público, la obligación de reparación de dicho daño tiene naturaleza pública, y conlleva la obligación del causante del daño de indemnizar o restituir el bien.

Al margen de dicha polémica, como hemos dicho, los gastos de la actuación, entre los que se incluyen también los posibles daños y perjuicios, son de cuenta del titular del camión, por lo que, en caso de impago, la Administración podrá exigir la cantidad conforme al procedimiento recaudatorio en vía ejecutiva, tal y como señalamos más arriba ( arts. 100 a 105 LPAP). Dicho importe podrá liquidarse de forma provisional y realizarse antes de la ejecución, a reserva de la liquidación definitiva, lo que implica la necesidad de que la Administración cuantifique previamente a la ejecución la totalidad de los gastos que tal actuación comporte, y que comunique al obligado su cuantía, conjuntamente con la notificación de la fecha en la que se realizarán las operaciones de restauración.

Conforme con ello, si el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ decreta una sanción por la infracción de la Ordenanza de Policía y Buen Gobierno, puede acordar en la resolución que ponga fin al procedimiento, que el infractor reponga el bien a su estado original e indemnice por daños y perjuicios si bien será necesario incorporar al procedimiento **informe pericial que delimite la relación de causalidad** entre el hecho doloso o culposo con los daños ocasionados y el montante económico de los mismos. La dificultad en este trámite estriba en acreditar, de forma fehaciente, la relación de causalidad existente entre la acción de circular con vehículo de gran tonelaje y el daño causado en la vía pública y que será determinante para exigir, junto al cumplimiento de la sanción, responsabilidad al infractor.

### **TERCERA.- Aprobación de ordenanza municipal reguladora de los Usos, Tráfico, Circulación y Seguridad en las Vías Públicas de Carácter Urbano.**

Plantea el Ayuntamiento en su escrito de consulta, la necesidad de “impedir normativamente el acceso del vehículo y aparcar en su parcela”. El Municipio ostenta competencias en materia de tráfico y circulación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (art. 22 d), estando facultado para reglamentar mediante ordenanza la circulación y el uso de las vías urbanas (art. 7 b del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. La aprobación de una ordenanza

reguladora de los Usos, Tráfico, Circulación y Seguridad en las Vías Públicas de Carácter Urbano y que contemple las limitaciones a las que han de someterse los vehículos de gran tonelaje resultan imprescindibles para conciliar la conservación de la vía con su uso por los ciudadanos, estando legitimada la Autoridad Municipal para limitar la circulación o el estacionamiento en determinadas horas y/o zonas de los vehículos que excedan de cierto peso o dimensiones, sometiendo incluso a autorización municipal expresa determinados usos, que podrá concederse para un sólo viaje o para determinado periodo de tiempo.

## CONCLUSIÓN

El Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, en el ejercicio de las facultades de conservación y policía que la ley le atribuye respecto de los bienes de dominio publico, debe ejercer la potestad sancionadora para hacer cumplir lo dispuesto en las Ordenanzas municipales, pudiendo disponer en la Resolución que ponga fin al procedimiento, junto con la correspondiente sanción, la reposición de los bienes a su estado originario o, en su defecto, la exigencia de indemnizar al Ayuntamiento por el importe de los daños causados.

En la instrucción del procedimiento sancionador debe constar prueba fehaciente sobre la relación de causalidad existente entre la conducta sancionable y los daños provocados. Impuesta la sanción y cuantificada la responsabilidad, el Ayuntamiento podrá exigir su cumplimiento mediante los mecanismos de ejecución forzosa que la ley prevé. En el supuesto planteado y dado que el infractor persiste en la comisión del hecho constitutivo de infracción, se podrá valorar la reincidencia como elemento a considerar en la graduación de la sanción, circunstancia que es previsible tenga además, una finalidad disuasoria.

En uso de la potestad reglamentaria que la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local atribuye al municipio, podrá aprobar una ordenanza municipal que regule los usos, tráfico, circulación y seguridad en las vías públicas de carácter urbano, en la que especificará las limitaciones a las que han de someterse los vehículos de gran tonelaje.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



# **COMPETENCIAS**



## **COMPETENCIAS**

---

### **EL ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES RESPECTO DE INMUEBLES DESTINADOS A CENTROS PÚBLICOS DE EDUCACIÓN INFANTIL, PRIMARIA Y ESPECIAL.**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Con fecha \_\_ de diciembre de 2019 tiene entrada en el Registro de la Excm. Diputación Provincial de Badajoz (R.E. \_\_\_\_), solicitud del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ en la que solicita informe jurídico sobre “las competencias de los ayuntamientos en relación a los colegios públicos de la localidad” \_\_\_\_ “relación de tareas que debe asumir el ayuntamiento en los centros escolares”.

#### **NORMATIVA APLICABLE**

- Constitución Española (art. 27).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación.
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL).
- R.D. 2568/1986, de 28 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización, funcionamiento y Régimen jurídico de las Entidades locales.
- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).
- Ley 3/2019, de 22 de enero, de Garantía de la Autonomía Municipal de Extremadura.

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

De conformidad con lo previsto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), los municipios ejercerán como competencias propias “participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial” (art. 25.2 n).

Es ésta por tanto una competencia propia en materia de educación, que únicamente alcanza a los edificios que sean de titularidad municipal y no a los de titularidad autonómica.

Respecto de esta cuestión, la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación prescribe que “las Corporaciones locales cooperarán con las Administraciones educativas competentes, en el marco de lo establecido por la legislación vigente y, en su caso, en los términos que se acuerden con ellas, *en la creación, construcción y mantenimiento de los centros públicos docentes, así como en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria*”. La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación determina que “la conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a *centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial*, corresponderán al municipio respectivo. Dichos edificios no podrán destinarse a otros servicios o finalidades sin autorización previa de la Administración educativa correspondiente”.

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, regula la asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a educación. Así, establece en su disposición adicional decimoquinta que las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las haciendas locales fijarán los términos en los que *las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se prevén como propias del Municipio*, aún cuando hayan sido ejercidas por éstas, por Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o por cualquier otra Entidad Local, relativas a participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes, así como la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, para lo que se contemplará el correspondiente traspaso de medios económicos, materiales y personales.

Esta disposición fue impugnada por la Asamblea de Extremadura por considerar que limitaba las competencias de las entidades locales, pronunciándose el TC en Sentencia 41/ 2016, de 3 de marzo a favor de su constitucionalidad dado que, a su



juicio, si bien las competencias del art. 25.2 son “en todo caso” competencias propias de las entidades locales, no son “numerus clausus” por lo que nada impide que las leyes puedan atribuir como propias a los municipios otras competencias en otras materias distintas de las enumeradas en el art. 25.2 LBRL siempre que dicha atribución se lleve a cabo cumpliendo los requisitos de los tres últimos apartados del art. 25 LBRL. Las Comunidades Autónomas deben asegurar que los municipios ejerzan las competencias que le son propias, pero nada obsta a que ellas puedan asumir la titularidad mediante una eventual y futura intervención legislativa.

En el ámbito autonómico hay que partir de la competencia de desarrollo normativo y ejecución que el artículo 10 de la L.O. 1/2011, de 28 de enero, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la comunidad Autónoma de Extremadura atribuye en materia educativa:

“ Educación y enseñanza en toda su extensión, niveles, grados, modalidades y especialidades. En particular, el régimen, organización y control de los centros educativos, del personal docente, de las materias de interés regional, de las actividades complementarias y de las becas con fondos propios.”

En el ejercicio de esta competencia se dictan disposiciones normativas que atribuyen a los municipios competencia en materia de conservación, mantenimiento y vigilancia de centros escolares:

*Ley 4/2011, de 7 de marzo, de Educación de Extremadura.*

*Artículo 190. Solares y edificios destinados a centros educativos.*

*1. Los municipios pondrán a disposición o cederán a la Administración educativa, según proceda, los solares necesarios para la construcción de los centros educativos.*

*2. En la tramitación de los instrumentos de planificación urbanística, deberá solicitarse informe previo de la Administración educativa en relación con las reservas de suelo para equipamientos docentes.*

*3. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los **edificios destinados a centros públicos de educación infantil, educación primaria y educación especial corresponderán al municipio respectivo**. Dichos edificios no podrán destinarse a otros servicios o finalidades sin autorización previa de la Administración educativa Ley 3/2019, de 22 de enero, de Garantía de la Autonomía Municipal de Extremadura.*

*Artículo 10. Competencias municipales. Principios generales.*

*1. Las competencias municipales se clasifican en propias, transferidas, delegadas, así como las ejercitadas, de acuerdo con la presente ley, a partir de la cláusula general de competencias.*

*2. Las competencias propias se atribuyen por ley. Tendrán ese carácter las competencias recogidas en el artículo 15 de la presente.*

*3. Las competencias propias municipales se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad de los órganos de gobierno del Ayuntamiento.*

4. En el ejercicio de las competencias propias se atenderá siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas.

5. La autonomía política municipal se garantiza mediante las competencias propias previstas en esta ley y las atribuidas complementariamente por las leyes sectoriales que apruebe la Asamblea de Extremadura.

6. Tendrán también la consideración de competencias municipales derivadas de la cláusula general de competencias, ejerciéndose asimismo en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, cualesquiera actividad, servicio o prestación que sea desarrollada de forma complementaria en interés de la ciudadanía o de la comunidad local y no se encuadre dentro de las competencias propias establecidas en esta ley o las que complementariamente atribuya la legislación sectorial, así como de las competencias transferidas o delegadas, siempre que tal ejercicio se circunscriba a los requisitos formales y materiales establecidos en la presente ley y en la legislación básica.

7. La concreción y, en su caso, atribución de las competencias propias a los municipios extremeños por parte de la legislación sectorial, respetará lo establecido en la presente ley y se hará efectiva de acuerdo con los principios de subsidiariedad, proximidad, suficiencia financiera.

*Artículo 15.1 d) apartado 5. Competencias propias de los municipios.*

5.º Participación en la programación de la enseñanza y en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria, así como **conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria y de educación especial**. Asimismo, en relación con los ámbitos anteriores, cooperación con la Administración educativa en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes públicos.

Tanto la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, como la Ley 4/2011, de Educación de Extremadura y la Ley 3/2019, de garantía de la autonomía municipal en Extremadura, extienden su alcance a la actividad de conservación y mantenimiento de los colegios públicos de titularidad autonómica, que si bien no constituye una competencia propia en los términos del artículo 25 de la LBRL, nada obsta a que sea considerada competencia local cuando así haya sido establecido por una norma autonómica y con el cumplimiento de los requisitos y las exigencias prescritas en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25.2 de la LBRL. Las entidades locales de Extremadura por tanto, deben asumir tanto la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, como los de titularidad autonómica.

Respecto del alcance de los términos “conservación y mantenimiento”, la doctrina ha entendido que las obligaciones de conservación y mantenimiento exigidas a los municipios se extienden a el alumbrado, la calefacción, limpieza, suministro de agua, recogida de basuras, reparaciones consistentes en el recorrido de los tejados, pintura, puertas, ventanas y cristales y mantenimiento del edificio en

condiciones normales de uso, no pareciendo que deban incluirse las reparaciones generales y extraordinarias, ni la renovación, ampliación y mejora. Se incluyen dentro del concepto de mantenimiento y conservación todas aquellas que están destinadas a evitar el deterioro del edificio y no aquellas que supongan mejoras, modificaciones, renovaciones o ampliaciones.

## CONCLUSIÓN

1.- Los municipios ostentan como competencia propia ex artículo 25.2 LBRL, la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial.

2.- La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria y de educación especial de titularidad autonómica, también corresponderá a los municipios por haberse atribuido esta competencia por leyes autonómicas, esto es, la Ley 4/2011, de 7 de marzo, de Educación de Extremadura y la Ley 3/2019, de 22 de enero, de Garantía de la Autonomía Municipal de Extremadura. En este caso la competencia se ha de ejercer conforme a los principios de eficiencia y estabilidad presupuestaria quedando por tanto vinculada al cumplimiento de las exigencias de los apartados 3,4 y 5 del artículo 25.2 LBRL a los efectos de prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las entidades locales.

3.- Las facultades de conservación y mantenimiento se extienden a tareas vinculadas a evitar el deterioro del inmuebles, no alcanzando a actuaciones que impliquen mejoras, modificaciones, renovaciones o ampliaciones. Conforme con ello se consideran tareas de conservación y mantenimiento el alumbrado, la calefacción, limpieza, suministro de agua, recogida de basuras, reparaciones consistentes en el recorrido de los tejados, pintura, puertas, ventanas y cristales y mantenimiento del edificio en condiciones normales de uso.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



# CONTRATACIÓN



# CONTRATACIÓN

---

## POSIBILIDAD DE SECUESTRO DE LA CONCESIÓN DEL SERVICIO DEL CENTRO DE DÍA Y RESIDENCIA DE MAYORES

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde de la Entidad Local Menor de \_\_\_\_\_, esta Oficialía emite el presente INFORME

### ANTECEDENTES

Plantea el Sr. Alcalde de referido Municipio la emisión de informe sobre el asunto arriba epigrafiado.

### NORMATIVA APLICABLE

- Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD legislativo 2/2000.

- Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1.098/2001.

- Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

### CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El secuestro de una concesión de un servicio público constituye una medida excepcional que tan sólo puede utilizarse en los supuestos en los que el concesionario incurra en infracción grave que pudiera poner en peligro la prestación del servicio público en los términos propios del mismo y de lo convenido en el correspondiente contrato (artículo 133 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 -RSCL-).

Sobre esta exigencia del presupuesto de hecho de «perturbación del servicio público» nos encontramos con tres Sentencias del Tribunal Supremo, la 26 de marzo de 1987, 27 de julio de 1988, y 9 de abril de 1990. Ésta última nos dice:

*“Así, pues, el Tribunal «a quo», en definitiva, se pronunció respecto del tema específico que era objeto del recurso, y, por cierto, adecuadamente, porque, aun partiendo de que el*

*secuestro de una concesión administrativa, por constituir una medida excepcional, no puede ser adoptada, sino -como exige el artículo 133.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales- si el concesionario infringe gravemente alguna de sus obligaciones, en la presente ocasión tal presupuesto legal se había cumplido porque en ninguna de las instancias se ha discutido que suministro tan esencial como es el del agua para un núcleo de población constituido por cinco mil habitantes, venía experimentando repetidas anomalías que no se corrigieron por la concesionaria, no obstante los requerimientos de la Administración, ya que la finalidad, por otra parte, de la citada medida es proveer, siquiera transitoriamente, a situaciones de emergencia no procuradas superar por aquel que está obligado a precaverlas, dadas las exigencias más elementales impuestas a la específica y trascendente actividad empresarial de que en este caso se trata, por lo que ninguna razón se advierte -pese al inútil esfuerzo dialéctico de la parte apelante- para que la sentencia tenga que ser revocada.”*

Es el artículo 134 del RSCL el que determina los efectos del secuestro:

*“1. En virtud del secuestro, la Administración se encargará directamente del funcionamiento del servicio y de la percepción de los derechos establecidos, utilizando para ello el mismo personal y material del concesionario, sin que pueda alterar las condiciones de su prestación.*

*2. Con ese fin, la Corporación **designará un interventor técnico** que sustituirá plena o parcialmente a los elementos directivos de la empresa.*

*3. La explotación se efectuará por cuenta y riesgo del concesionario, **a quien se entregará, al finalizar el secuestro, el saldo activo que resultare después de satisfechos todos los gastos, incluso los haberes del interventor.**”*

Se refiere también al secuestro Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en adelante (TRLCAP), aprobado por RD legislativo 2/2000; disponiendo su artículo 166 lo siguiente:

*“Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, **podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquélla desaparezca.** En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado.”*

Por su parte, el artículo 186 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001, determina lo siguiente:

*“Cuando se acuerde la intervención del servicio, de conformidad con el artículo 166 de la Ley, corresponderá al órgano de contratación que hubiese adjudicado el contrato el nombramiento del funcionario o funcionarios que hayan de desempeñar las funciones interventoras y a cuyas decisiones deberá someterse el contratista durante el periodo de intervención.”*

No es hasta la vigente Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, cuando se regula con mayor rigor y exhaustividad el secuestro de los servicios concesionados



ante incumplimientos por parte del contratista de los que se derive perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio. No siendo de aplicación la citada Ley 9/2017 al contrato que nos ocupa, es por lo que deberemos acudir a los artículos 133 a 135 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, para determinar el alcance y el procedimiento a seguir en el secuestro de la concesión del servicio municipal en cuestión:

*Artículo 133.*

*1. Si el concesionario incurriese en infracción de carácter grave que pusiera en peligro la buena prestación del servicio público, incluida la desobediencia a órdenes de modificación, la Administración podrá declarar en secuestro la concesión, con el fin de asegurar aquel provisionalmente.*

*2. El acuerdo de la Corporación deberá ser notificado al concesionario, y si éste, dentro del plazo que se le hubiere fijado, no corrigiera la deficiencia, se ejecutará el secuestro.*

*Artículo 134.*

*1. En virtud del secuestro, la Administración se encargará directamente del funcionamiento del servicio y de la percepción de los derechos establecidos, utilizando para ello el mismo personal y material del concesionario, sin que pueda alterar las condiciones de su prestación.*

*2. Con ese fin, la Corporación designará un Interventor técnico que sustituirá plena o parcialmente a los elementos directivos de la Empresa.*

*3. La explotación se efectuará por cuenta y riesgo del concesionario, a quien se entregará, al finalizar el secuestro, el saldo activo que resultare después de satisfechos todos los gastos, incluso los haberes del Interventor.*

*Artículo 135.*

*1. El secuestro tendrá carácter temporal, y su duración máxima será:*

*a) la que se hubiese establecido en el Pliego de condiciones; o*

*b) en su defecto, la que determinare la Corporación interesada, sin que pueda exceder de dos años ni de la tercera parte del plazo que restare para el término de la concesión.*

*2. La Corporación podrá acordar y el concesionario pedir en cualquier momento el cese del secuestro, y deberá accederse a la solicitud si justificare estar en condiciones de proseguir la gestión normal de la Empresa.*

En ese sentido, vemos cómo el secuestro o intervención aparece configurado en nuestro ordenamiento jurídico como una medida de carácter temporal, a adoptar por la Administración cuando concurren determinadas circunstancias que perjudican la normal prestación del servicio, que consiste en asumir la explotación del servicio público de titularidad municipal, sustituyendo al concesionario en las funciones que le fueron encomendadas mediante el pertinente contrato.

Asimismo, el Pliego de Cláusulas Administrativas por las que se rigió el expediente de contratación que nos ocupa, constituyendo el mismo “ley del contrato”, otorga al Ayuntamiento en su Cláusula XIV, entre otros derechos el siguiente: *“Asumir temporalmente la gestión directa del servicio en los casos en los que nos se preste o no lo pueda prestar el concesionario por circunstancias que le sean o no imputables.”*

A la vista de los datos obrantes en el expediente, y si el concesionario no prestare el servicio en las condiciones establecidas, con graves trastornos en el normal funcionamiento del mismo, procedería su secuestro, retomado el Ayuntamiento, como titular del servicio, su explotación de cuenta y en nombre del concesionario, de forma que se garantice la continuidad del servicio en los términos y condiciones que contractual y legalmente proceden y así evitar los graves trastornos que se producirían a los usuarios del mismo con la situación actual.

Como establece el mencionado artículo 135 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, “El secuestro tendrá carácter temporal, y su duración máxima será, en este caso concreto al no haberse establecido dicha duración en el pliego, *“la que determinare la Corporación interesada, sin que pueda exceder de dos años ni de la tercera parte del plazo que restare para el término de la concesión.”*

Una vez adoptado el acuerdo de secuestro por el Pleno de la Corporación deberá ser notificado al concesionario, y si éste, dentro del plazo que se le hubiere fijado, no corrigiera la deficiencia, se ejecutará el secuestro.

El acuerdo de secuestro deberá incluir el nombramiento de un Interventor o Interventores técnico que sustituirá plena o parcialmente a los elementos directivos de la Empresa concesionaria.

El procedimiento a seguir para proceder al mencionado secuestro será:

- Acuerdo adoptado por el Pleno de esta Corporación acordando el secuestro de la concesión, con indicación tanto de la duración del secuestro, como nombramiento de interventor o interventores técnicos que sustituyan total o parcialmente a los elementos directivos de la Empresa concesionaria y plazo en el que deberá corregir las deficiencias que motivan el secuestro de la concesión.

- Notificación de dicho acuerdo al concesionario para que en el plazo de DIEZ (10) días hábiles presente las alegaciones que estime oportunas y con otorgamiento de un plazo para subsanar las deficiencias.

Este es el informe de la Oficialía Mayor de la Diputación de Badajoz en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para con lo solicitado por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

## **POSIBILIDAD DE PRÓRROGA DE CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y PAGO DEL CANON CONCESIONAL MEDIANTE EJECUCIÓN DE OBRA A CARGO DEL CONCESIONARIO**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde de la Entidad Local Menor de \_\_\_\_\_, esta Oficialía emite el presente INFORME

### **ANTECEDENTES**

Con fecha \_\_ de \_\_\_\_\_ de 1999 por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, previa licitación pública se adjudicó a la entonces empresa \_\_\_\_\_ el contrato de gestión del servicio de suministro de agua potable en dicho municipio.

En la Cláusula 30 del Pliego de Cláusulas Administrativas que rigen en dicho contrato se establecía una duración mínima del mismo de diez años, prorrogables tácitamente por periodos iguales, salvo denuncia expresa de las partes .

Antes de la finalización de la duración del contrato se acuerda la prórroga expresa del contrato por un periodo de diez años, es decir, hasta diciembre de 2019.

Recientemente se ha adoptado acuerdo por el Pleno de la Corporación prorrogando nuevamente dicho contrato por otro período de diez años, acordándose asimismo que el canon concesional sería satisfecho por el concesionario mediante la ejecución a su cargo de una obra no relacionada con el objeto del contrato.

Se nos pregunta sobre la legalidad de este último acuerdo plenario.

### **NORMATIVA APLICABLE**

- Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Ley 53/1999, de 28 de noviembre.

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**1. Prorroga del contrato.**-Como bien expuso la Secretaria de Corporación en su Informe de 27 de agosto de 2018, siendo que el contrato se adjudicó en noviembre de 1999, la normativa de aplicación al mismo es la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Asimismo, y como también recogió la Secretaria de la Corporación en el aludido Informe, pese a lo establecido en la Cláusulas 30ª de Pliego sobre la posibilidad de

prórrogas tácitas, las mismas, por mor de la modificación introducida en la referida Ley 13/1995 por la Ley 53/1999, las prórrogas no pueden ser tácitas sino expresas.

Son numerosos los Informe de los distintos órganos consultivos que sostienen esta afirmación de prohibición de prórrogas tácitas desde la entra en vigor de la Ley 53/1999; y que estando recogidos algunos pronunciamientos de estos órganos en el mencionado Informe de Secretaría, no nos detendremos ello.

La cuestión fundamental aquí es discernir si es el legalmente posible otra prórroga, expresa, por otros diez años más.

Como hemos dicho, la norma de aplicación al contrato que nos ocupa, sería, en principio, la mencionada Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas; en cuyo artículo 158 se regula la duración de los contratos de gestión de servicios públicos, del siguiente tenor literal:

*“El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de setenta y cinco años.”*

Sin embargo, y como hemos podido observar, la cláusula treinta del pliego de cláusulas de este contrato se limita a establecer un plazo inicial de duración de diez años y la posibilidad de prórrogas, tácitas, por periodos iguales. Sin que quede determinado, tal como exige el mencionado artículo 158 de la Ley 13/1995, la duración total del contrato.

Precisamente sobre esa cuestión, duración y posibilidad de prórrogas de aquellos contratos en los que NO se ha establecido, como en este caso, su duración total máxima, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 27/2007, de 29 de octubre de 2007, afirmó lo siguiente:

*“Considera esta Junta Consultiva que las normas reguladoras de la duración de los contratos requieren en el supuesto que se plantea la aplicación de una interpretación restrictiva en tanto en cuanto la prórroga de un contrato implica una reserva de mercado al contratista y conlleva que a lo largo del plazo de duración del contrato nadie puede concurrir a posibles licitaciones futuras por tal opción preexistente. Por tanto, **al no haber fijado una duración determinada y explícita del contrato y de sus prórrogas, debe considerarse que el contrato debería concluir al final de la primera prórroga concedida, plazo máximo durante el que el contrato se encuentra determinado en su duración.**”*

La propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 47/04, de 12 de noviembre de 2004, sobre la duración y prórroga de un contrato de gestión de un servicio público municipal de agua y alcantarillado, se manifestó en los siguientes términos:

*“Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de prórrogas tácitas a partir de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que da nueva redacción al artículo 67.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, en el sentido de disponer que en los pliegos ha de fijarse “con precisión el plazo de duración del contrato y, cuando estuviese prevista, de su posible prórroga*

*y alcance de la misma que, en todo caso habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes”, hay que citar a los informes de esta Junta de 7 de junio y 8 de julio de 2004 (expedientes 24/04, 35/04) y tres de esta misma fecha (expedientes 50/04, 55/04 y 57/04), en las que se mantiene el criterio de que las prórrogas tácitas, admisibles conforme a la legislación anterior, deben ser rechazadas una vez entrada en vigor la nueva redacción del artículo 67 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al resultar un contrasentido -se afirma que el segundo informe citado- que un contrato celebrado con anterioridad a su entrada en vigor pudiese continuar produciendo sus efectos indefinidamente en virtud de prórrogas tácitas. Además **la prórroga del contrato es una renovación del mismo por un nuevo período, por lo que debe considerarse nuevo contrato, lo que impone que, al producirse durante la vigencia del actual artículo 67.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el consentimiento contractual que la prórroga implica haya de ser necesariamente expreso.**”*

Si bien la Junta Consultiva, en este último Informe se está refiriendo a la imposibilidad de las prórrogas tácitas tras la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que da nueva redacción al artículo 67.1 de la Ley 13/1995, contiene una trascendente afirmación, reiterada por otra parte en numerosos Informes de este órgano consultivo, y es que la prórroga del contrato es una renovación del mismo por un nuevo período, y que al producirse vigente las modificaciones introducidas por ésta en la Ley 13/1995 y siendo, además, que en el contrato que nos ocupa no se ha fijado una duración total determinada, tendremos que considerar aplicable a este contrato lo dispuesto en el artículo 158 de la mencionada Ley en su redacción dada por la Ley 53/1999, y, por tanto, la duración máxima de este contrato, incluidas las prórrogas, será de veinticinco años y no de setenta y cinco, como establecía la redacción original de este precepto.

Consiguientemente con esto, y siendo que el contrato en cuestión, con la duración inicial más la prórroga operada en 2009, llevaría una duración total de veinticinco años, si se pretende prorrogar el mismo, la duración de esta prórroga no podrá ser superior a cinco años a fin de no sobrepasar el límite de veinticinco años establecido en el artículo 158 de la Ley 13/1995, en su redacción dada por la Ley 53/1999.

**2.Ejecución de obras por el concesionario. pago del canon concesional mediante la ejecución de obras.**-*El artículo 161 de la Ley 13/1995, en su redacción original establecía que “El contratista está obligado a ejecutar las obras precisas y a organizar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo.” De la expresión “obras precisas” podemos colegir que son las relacionadas con el funcionamiento y prestación del servicio objeto del contrato, no refiriéndose a la ejecución de obras que ninguna relación tengan con ese objeto contractual.*

Tal posibilidad de ejecución de obras relacionadas con el objeto del contrato están contempladas en la Cláusula 8ª de Pliego de cláusulas administrativas: de renovación, ampliación y mejora.

Consecuencia de lo que antecede, el concesionario viene obligado ejecutar todas obras necesarias para mantener el servicio en las condiciones aptas para prestar su utilidad. Cualquier otra obra a realizarse que no tenga relación con el objeto del contrato no puede ser objeto de negociación entre las partes intervinientes en la concesión; de tal modo que el canon concesional será satisfecho por el concesionario al Ente titular del servicio en la forma prevista en el pliego.

Por último, y en cuanto a la posibilidad de ejecutar obras con cargo al canon concesional, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 4/2003, de 23 de julio, afirmó lo siguiente:

*“... la posibilidad de realizar obras con cargo al canon concesional, al no estar prevista en el pliego, no puede ser jurídicamente admitida sin que esta conclusión pueda quedar desvirtuada por la circunstancia alegada de que tal posibilidad figuraba en la oferta, pues aparte de no poder determinarse su exactitud en la documentación remitida, lo cierto es que en la misma no se manifiesta que sean a cargo del canon concesional y al no merecer el tratamiento jurídico de variantes previstas en el pliego, la admisión de esta posibilidad en las ofertas desnaturalizaría la propia licitación, pues no se alcanza a comprender como puede atribuirse una puntuación determinada a obras que no se realizan a cargo del concesionario sino a cargo del canon concesional que ha de satisfacerse al Ayuntamiento. Conclusión por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la posibilidad de realizar obras con cargo al canon concesional, no estando prevista esta posibilidad en el pliego, no resulta viable jurídicamente.”*

Por tanto, en este caso concreto, no estando prevista en el pliego de cláusulas administrativas la ejecución de obras con cargo al canon concesional, estén o no relacionadas con el objeto del contrato, no es legalmente posible.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.**-La prórroga del contrato es una renovación del mismo por un nuevo período, y que al producirse vigente las modificaciones introducidas por ésta en la Ley 13/1995 y siendo, además, que en el contrato no se ha fijado una duración total determinada, tendremos que considerar aplicable a este contrato lo dispuesto en el artículo 158 de la mencionada Ley en su redacción dada por la Ley 53/1999, y, por tanto, la duración máxima de este contrato, incluidas las prórrogas, será de veinticinco años y no de setenta y cinco, como establecía la redacción original de este precepto.

Consiguientemente con esto, y siendo que el contrato en cuestión, con la duración inicial más la prórroga operada en 2009, deberá tener una duración total de veinticinco años; y así, si se pretende prorrogar el mismo, la duración de esta prórroga no podrá ser superior a cinco años a fin de no sobrepasar el límite de veinticinco años establecido en el artículo 158 de la Ley 13/1995, en su redacción dada por la Ley 53/1999.

**SEGUNDA.**-Las obras que debe realizar el adjudicatario, conforme al pliego de cláusulas serán de renovación, mejora, ampliación; es decir, las relacionadas con la gestión del servicio concesionado. Consiguientemente no sería legalmente posible establecer la obligación del concesionario de ejecutar obras que nada tienen que ver con el objeto contractual.

Además, y según sostiene la Junta Consultiva en el mencionado Informe 4/2003, no estando prevista en el pliego la posibilidad de ejecutar obras con cargo al canon concesional, tal posibilidad, no es jurídicamente posible.

Este es el informe de la Oficialía Mayor de la Diputación de Badajoz en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para con lo solicitado por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.





## **BAJA ANORMAL EN PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO ABREVIADO**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sr/a. Alcalde/sa-Presidente/a del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### **HECHOS. ANTECEDENTES**

Por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ se ha procedido a la apertura de las ofertas correspondientes al expediente de contratación de una obra, por procedimiento abierto simplificado abreviado. Por aplicación del artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1.098/2001, parece que alguna empresa está incurso en oferta anormal.

### **LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.
- Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1.098/2001.

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

En la cláusula decimocuarta del Pliego de cláusulas Administrativas particulares que rige en la contratación de referencia, se establece lo siguiente:

#### **Ofertas con Valores Anormales o Desproporcionados.**

*De conformidad con lo establecido en el artículo 149.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se tendrá en cuenta para determinar el umbral de las ofertas anormalmente bajas el previsto en los artículos 85 y 86 del Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

*En el caso de que se identifiquen ofertas que se encuentren incursas en presunción de anormalidad, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP.*

Asimismo, en la cláusula novena del citado pliego se establece la ponderación de los dos criterios de valoración de las ofertas:

*“• **Oferta económica**, evaluable hasta un máximo de 75 puntos. Se valorarán las ofertas que efectúen baja sobre el presupuesto base de licitación. La valoración se efectuará tomando en consideración la oferta más baja presentada, en atención a la siguiente proporción: P=75*

$x$  (OMB/OFV), siendo: P: Puntuación. OMB: Oferta más baja de las presentadas. OFV: Oferta que se está valorando.

• **Reducción del plazo de ejecución**, valorándose a razón de 25 puntos como máximo por la reducción del plazo de ejecución hasta en un mes (entendido éste como compuesto por 30 días). Las reducciones de plazo inferiores se valorarán proporcionalmente”

Abiertas las ofertas, en el acta levantada al efecto se recoge que una de ellas, la presentada por la empresa \_\_\_\_\_, representa un % de baja del 29,4%, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 85 del RGLCAP y de la citada cláusula 14ª del Pliego, está incurso en anormalidad.

Por tanto, y según resulta de los datos recogidos en el acta, estando la oferta presentada por la citada empresa incurso en anormalidad, se deberá proceder en los términos establecidos en el artículo 149.4 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP); es decir, el órgano de contratación **“deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.”**

Ahora bien, téngase en cuenta que en el pliego de cláusulas, como ya hemos visto, se establece que *“se tendrá en cuenta para determinar el umbral de las ofertas anormalmente bajas el previsto en los artículos 85 y 86 del Real Decreto 1098/2001”*. No olvidemos que se han establecido dos criterios de valoración, oferta económica y oferta de reducción del plazo de ejecución. Consiguientemente con ello deberá aplicarse lo establecido en el artículo 149.2 b) de la LCSP: *“(b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.”* Por tanto, en nuestra opinión, a la vista de lo establecido en el pliego en el citado artículo de la LCSP, también a la reducción del plazo de ejecución habría que aplicar las reglas del artículo 85 del RGLCAP. Aplicados estos parámetros obtendríamos como resultado que la oferta realizada por la empresa \_\_\_\_\_ de ejecución de la obra en un mes, estaría incursa en anormalidad y, por tanto, habría que requerirle igualmente que justifique su viabilidad.

Presentadas en su caso estas justificaciones por los licitadores cuyas ofertas están incursas en anormalidad, y por aplicación de lo dispuesto en el mencionado artículo 149 de la LCSP, tales justificaciones deberán ser informadas por un técnico del servicio correspondiente; en este caso consideramos que ese técnico competente debería ser o el redactor del proyecto técnico o el técnico municipal, aparejador o arquitecto, adscrito al Ayuntamiento.

Tras la justificación y el informe técnico sobre las mismas se estará a lo dispuesto en los apartados 5 y 6 del artículo 149 de la LCSP:

*“6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.*

*Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.*

*7. Cuando una empresa que hubiese estado incursa en presunción de anormalidad hubiera resultado adjudicataria del contrato, el órgano de contratación establecerá mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del mismo, con el objetivo de garantizar la correcta ejecución del contrato sin que se produzca una merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados.”*

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**-Consideramos que la oferta sobre el plazo de ejecución de la obra está sometida igualmente a los parámetros establecidos en el pliego de cláusulas, con remisión expresa al artículo 85 del RGLCAP, sobre las ofertas anormales. Consiguientemente con ello, la oferta sobre este criterio realizada por una de las empresas estaría igualmente incursa en anormalidad.

**SEGUNDA.**-Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP, a los licitadores cuyas ofertas están incursas en anormalidad deberá requerírseles para que justifiquen la viabilidad de la mismas. Justificación que deberá ser informada por técnico competente. Tras las justificaciones, y a la vista del informe técnico, el órgano de contratación decidirá si acepta o rechaza la oferta. En caso de rechazo, acordará la adjudicación a favor de la siguiente mejor oferta.

**TERCERO.**-Si la adjudicación se realizase en favor de una de las empresas cuya oferta estuvo inicialmente incursa en anormalidad, el órgano de contratación establecerá mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del contrato, con el objetivo de garantizar la correcta ejecución del mismo sin que se produzca una merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados. Así mismo, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 107.2 de la LCSP, podrá exigir una garantía complementaria de hasta un 5 por 100 del precio final ofertado, pudiendo alcanzar la garantía total un 10 por 100 del citado precio.

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 \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

# **RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS POR DECLARACIÓN DEL CONCESIONARIO EN CONCURSO DE ACREEDORES**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, esta Oficialía emite el presente INFORME,

## **ANTECEDENTES:**

Plantea el Sr. Alcalde de referido Municipio la emisión de informe sobre el asunto arriba epigrafiado.

## **NORMATIVA APLICABLE**

- Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD legislativo 2/2000.

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

- Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1.098/2001.

- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**1-NORMATIVA APLICABLE.**-Siendo que la adjudicación del contrato que nos ocupa se realizó en 2005, de conformidad con lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, la normativa aplicable al mismo es el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por RD legislativo 2/2000.

Es cierto que el apartado tercero de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP-2017) establece que “3. *La presente Ley será de aplicación a los acuerdos de rescate*”. Sin embargo no es la resolución de un contrato por declaración del contratista en concurso de acreedores un rescate del servicio, sino una resolución por una de las causas establecidas en el artículo 111 del TRLCAP: “*b) La declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento, o el acuerdo de quita y espera*”.

Sin embargo, el rescate es una forma de extinción del contrato que no responde a una causa de resolución por causa imputable al contratista sino a “razones de interés público”. Por consiguiente, y como conclusión, la norma de aplicación a este contrato será el TRLCAP y no la LCSP-17.

Es cierto que la Comisión Jurídica de Extremadura, en su Dictamen N°15/2019, de 5 de abril, emitido precisamente sobre un asunto similar y sobre el que esta Oficialía ya se había manifestado previamente, sostiene, como lo hace el Consejo de Estado, así como otros órganos consultivos, que **“Por consiguiente será de aplicación para determinar la concurrencia de la causa de resolución pretendida y en su caso sus efectos, aparte de sus pliegos, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP) y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGCAP) y no la LCSP, como alega el contratista en el trámite de audiencia. No obstante de acuerdo con el Dictamen 415/2007, de 29 de marzo del Consejo de Estado y su reiterada doctrina materializada en los dictámenes números 1.767/2015, 2.315/2004, 2.314/2004, 2.313/2004, 2.302/2004, 2.383/2003, 2.382/2003, 142/2003, 8/2003, 1,598/2002, 1,077/2002, 527/2000 y 3,437/99, entre otros, “la determinación de la Ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato y a la competencia del órgano que debe acordarla se rige por criterios diferentes.”, esto es, vendrá dada por la vigente en el momento de su inicio. Este mismo criterio se ha seguido por el Consejo Consultivo de Andalucía (Dictámenes 955/2018, de 20 de diciembre y 108/2019, de 31 de enero), el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (Dictamen 22/2019, de 16 de enero), el Consejo Consultivo de Castilla y León (Dictámenes 24/2019 de 11 de febrero y 43/2019 de 14 de febrero) Consejo Jurídico de la Región de Murcia (Dictamen 296/2018, de 12 de noviembre) y la Comisión Jurídico Asesora de la Comunidad de Madrid (Dictamen 481/2018, de 8 de noviembre)”**.

En opinión de esta Oficialía tal puntualización nos lleva a un corto recorrido práctico, ya que sobre procedimiento de resolución poco establecen ambas normas, TRLCSP y LCSP. Para el caso que aquí interesa, tanto el artículo 96 del TRLCAP como el artículo 191 de la LCSP no exigen más tramites que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. Dejando a las normas reglamentarias la regulación del procedimiento a seguir para la resolución del contrato. Norma reglamentaria, que a fecha de hoy, no es otra que el RD 1098/2001, por el que se aprobó el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en concreto su artículo 109; que, por otra parte, no ha sufrido la menor modificación desde su entrada en vigor, que va ya para dieciocho años.

Pero es más, hay que tener en cuenta que tanto la Disposición Adicional Séptima del TRLCAP como la Disposición Final Cuarta de la LCSP determinan el carácter supletorio de la Ley 30/1992, hoy Ley 39/2015, tienen carácter supletorio ante la falta de regulación procedimental en la normativa sobre contratación:

Disposición Adicional Séptima del TRLCAP: *“Los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

Disposición Final Cuarta de la LCSP *“1. Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias”.*

Es decir, como primera norma procedimental aplicaremos la preceptiva audiencia del contratista y el preceptivo dictamen del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si hay oposición por parte del contratista; en segundo término nos iremos al artículo 109 del RGLCAP, cuyo ítem procedimental es el siguiente:

“1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.

d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente.

Y por último, serán de aplicación las normas de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, en aquello que ni en la LCSP ni en el RGLCAP se establezca sobre el procedimiento a seguir para la resolución del contrato, ya que conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria tercera de aquella, será de aplicación esta norma y no su antecesora y derogada Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al iniciarse el procedimiento de resolución estando ya en vigor la Ley 39/2015.

Opinión que se asemeja a la sostenida por dos de los miembros de esta Comisión Jurídica en su voto particular emitido en el arriba referido dictamen sobre esta precisa cuestión:

*“Hallándonos ante un contrato licitado bajo el régimen jurídico del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) es pacífico que este es el régimen sustantivo aplicable en atención a lo dispuesto en la disposición transitoria primera de vigente LCSP, “Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”. Pero por la misma razón y atendiendo a la literalidad de dicha disposición transitoria, en cuanto al procedimiento a seguir para la resolución del contrato no podemos incorporar la vigente LCSP como norma aplicable ya que significaría que conviven en el mismo contrato dos normas reguladoras de la materia, cuando una de ellas, la actual LCSP, expresamente lo evita mediante la citada disposición transitoria. Si la LCSP se aparta de la regulación de los contratos adjudicados con anterioridad a su vigencia en cuanto al régimen aplicable respecto a la extinción de los contratos, donde incluye lo referente a la aplicación de las causas de extinción que se establece en el artículo 112 del TRLCAP “Aplicación de las causas de resolución”, no podemos considerar ajustada a derecho la aplicación parcial y de manera singular del artículo homólogo de la vigente LCSP, pues es en el apartado 8 de su artículo 212, intitulado igualmente “Aplicación de las causas de resolución”, donde se establece el plazo de 8 meses que se entiende aplicable al procedimiento objeto de dictamen. Cuando la LCSP reserva para la ley anterior lo relativo a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos, viene a referirse dentro del texto del TRLCAP en lo referente a la extinción, pues la resolución de un contrato no es más que una forma anormal de extinción del mismo, a lo dispuesto en el Título V “De la extinción de los contratos” del libro I “De los contratos de las Administraciones Públicas en general”, cuyo Capítulo III, innominado “De la resolución de los contratos” establece en su artículo 112.1 que “La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine”. 11 Posteriormente fue aprobado el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP), y su artículo 109 expresamente regula, aunque de manera parcial, el procedimiento para la resolución de los contratos. Estableciendo tanto el texto refundido como el reglamento una regulación incompleta del procedimiento de resolución contractual, se ha de completar merced a lo previsto en la disposición adicional séptima del TRLCAP, “Normas de procedimiento”, que fija que “Los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, remisión que, siendo indiscutible para la jurisprudencia y la doctrina el carácter de autónomo de los procedimientos de resolución de contratos lo que implica que la norma procedimental sea la vigente al momento de su incoación, no cabe duda se corresponde actualmente con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). A mayor abundamiento de todo lo anterior, ya el artículo 7 del TRLCAP, “Régimen jurídico de los contratos administrativos”, establecía: “1. Los contratos administrativos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado”. No señalando ni el TRLCAP ni el RGLCAP el*



*plazo en el que ha de sustanciarse el procedimiento, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 21, de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, "Obligación de resolver": "1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación. (...) 2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en el Derecho de la Unión Europea. 3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán: a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación. b) En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para su tramitación". Consecuentemente, en aplicación del artículo 21.3 de la LPACAP, iniciándose el procedimiento objeto de este dictamen por acuerdo del Pleno municipal en sesión 12 celebrada el 23 de noviembre de 2018 y no habiéndose resuelto en tiempo y forma la suspensión del procedimiento, hemos de entender transcurrido el plazo legal para resolver y notificar la oportuna resolución, de manera que habrá que declarar la caducidad del expediente con archivo de las actuaciones, de conformidad con lo reseñado en el artículo 25.1 b) de la misma Ley 39/2015, de 1 de octubre".*

Sobre el fondo del asunto, es decir, la pasibilidad de resolver un contrato cuando se produzca la declaración en concurso de acreedores del contratista, ya nos hemos manifestado en reiteradas ocasiones y más recientemente en tres supuestos que guardan similitud con el sometido ahora a nuestra consideración, por lo que reproduciremos el contenido del fondo de los mismos en el presente Informe.

**2. LA DECLARACIÓN EN CONCURSO DE ACREEDORES COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS.-** En términos generales, la potestad resolutoria conferida a la Administración en relación a los contratos sometidos al Derecho Administrativo se enmarca dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas, previstas en el artículo 59 del TRLCAP, concebidas por la doctrina como privilegios o facultades exorbitantes, cuyo ejercicio no se produce de manera automática sino precisamente cuando así lo exija el interés público implícito en cada relación contractual, fundándose así en el servicio objetivo a los intereses generales que el artículo 103 de la Constitución proclama de la actuación administrativa.

El ejercicio de esta potestad se encuentra reglado desde el punto de vista formal y material, de tal forma que sólo puede ser ejercida «mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine» (artículo 112 de TRLCAP y cuando concurren las causas definidas en la Ley.

El TRLCAP contiene una regulación general de las causas, aplicación y efectos por las que puede operar la prerrogativa resolutoria, estableciendo otra específica para cada tipo de contratos.

Dentro de estas causas distingue la Ley aquéllas cuyo régimen de aplicación es potestativo para la Administración atendiendo a las circunstancias que concurren

en cada caso concreto, de otras que determinan siempre y de manera obligatoria la resolución del contrato, en tanto que su mera concurrencia implica una vulneración del interés público inherente a la contratación administrativa.

Así, el artículo 111.2 del TRLCAP establece como una de las causas de resolución de los contratos administrativos “La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.”

Por su parte, el artículo 112, que regula la aplicación de las causa de resolución, en sus apartados 2 y 7 establece:

*“2. La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación originarán siempre la resolución del contrato.*

*7. En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución.”*

Se nos indica que el contratista adjudicatario ha manifestado “que se encuentra en fase de concurso”. Si la situación fuese que aún no se ha producido la apertura de la fase de liquidación, el Ayuntamiento puede optar entre la resolución del contrato y continuar con la ejecución del contrato, exigiendo al contratista que preste garantías suficientes, a juicio del propio Ayuntamiento.

En el supuesto u opción de que la Administración continuase con la ejecución del contrato no sólo se requiere el acuerdo formal en el cual la Administración valore la solvencia o suficiencia de estas garantías ofrecidas por el contratista, sino que, precisamente es requerido este ofrecimiento del adjudicatario. Por consiguiente, si el contratista no prestare la garantía o ésta fuere considerada como insuficiente por el órgano de contratación, puesto que era una opción de éste (potestativamente), si no se da la causa que habilitó o permitió al contratista continuar con la ejecución del contrato por opción discrecional de aquélla, procede la resolución del contrato aunque no haya entrado en fase de liquidación el concurso.

En estos términos favorables a la resolución del contrato, si no se ha presentado garantía o ésta sea estimada insuficiente, se han pronunciado, entre otros:

- El Consejo Consultivo de Extremadura en su dictamen 29/2009, de 5 de febrero, en relación a la declaración concursal.

- El Consejo Consultivo de Andalucía (entre otros los n.º 179/2006, de 10 de mayo; 353 y 354/2008, ambos de 24 de junio; y 248/2008, de 1 de octubre), en los que el órgano consultivo se pronuncia favorablemente a la propuesta de resolución del contrato por tal causa al estimar que el contratista no ha presentado garantías suficientes para continuar con la ejecución del contrato

En el supuesto de que el órgano de contratación optara por la resolución del contrato en lugar de por su continuidad, como sostuvo el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su Dictamen N.º. 96/2009, de 13 de mayo, “*En el presente*

*caso motiva el incumplimiento de las prestaciones contempladas en el contrato la delicada situación económica en la que se halla la empresa contratista y que le ha llevado a ser declarada incursa en concurso voluntario de acreedores. Dado que no consta que dicho concurso haya entrado en fase de liquidación o que el mismo haya sido calificado como «culpable» por la autoridad judicial, no es posible apreciar el elemento culpabilístico que exige el precepto para la incautación de la fianza, procediendo por tanto la devolución de la misma.»*

Así pues, **si el concurso no ha sido calificado como culpable no procede**, en caso de resolución del contrato, **la incautación de la garantía definitiva**. La liberación de la garantía deberá ser puesta en conocimiento de la administración concursal por si constituyera un crédito a incluir en la masa activa, conforme a lo previsto en el artículo 76.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Asimismo y en el caso de que la fianza se hubiera constituido mediante aval, tal comunicación a la administración concursal deberá ser puesta en conocimiento igualmente de la entidad avalista, a efectos de que, en su caso, pudiera hacer valer ante aquélla los derechos que le correspondieran.

Hay que señalar respecto al régimen de garantías, que en el caso de continuar con la ejecución del contrato, se entiende que se trataría de garantías complementarias y suficientes distintas de las iniciales, que podrán ser cualquiera de las admitidas en Derecho, no teniendo por qué constreñirse a lo dispuesto en el Capítulo primero del Título Cuarto de la Ley de contratos ya que la propia Ley establece que la garantía definitiva responderá de los posibles daños y perjuicios causados a la Administración con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución (Art. 43.2.b TRLCAP).

En definitiva, las modificaciones legales operadas en esta materia han suavizado los efectos que la declaración del concurso tiene sobre las relaciones contractuales con la Administración. No obstante, siguen sin resolverse algunas cuestiones tan importantes como el amplio margen del que dispone la Administración para, a su voluntad, proceder o no a la resolución del contrato, si no se ha iniciado la fase de liquidación, **sin que se haya determinado por parte del legislador de manera clara qué se entiende por garantía suficiente** para garantizar la ejecución del contrato. Sin embargo, cabría entender que la prestación de garantías suficientes no se refiere tanto a garantías en sentido formal, como obligaciones accesorias de garantía (personales o reales), como a garantías de continuidad de la actividad económica y ejecución material del contrato, que pueden quedar reflejadas, por ejemplo, en un plan de viabilidad. No se trata de asegurar la indemnidad económica de la Administración Pública sino la realización del objeto del contrato —«para su ejecución»—.

Así pues, aunque no existe normativa que regule esta garantía suficiente, entendemos que no puede tratarse de una garantía pecuniaria, tal como la complementaria del artículo 36 del TRLCAP (piénsese en la difícil situación financiera del contratista que le impedirá obtener una garantía de este tipo), sino aquella que garantice la ejecución del contrato por el propio contratista. Tal podía ser el caso de un plan

de viabilidad en el que quede reflejado de forma coherente y creíble la ejecución del contrato.

**3. PROCEDIMIENTO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. OPOSICIÓN DEL CONTRATISTA.-** Conforme a lo determinado en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001, el procedimiento a seguir para resolución de este contrato es el siguiente:

- Acuerdo de inicio del expediente de resolución del contrato.
- Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.
- Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.
- Informe propuesta emitido por la Secretaría.
- Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.
- Acuerdo de resolución del contrato.
- Notificación a las partes.

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-**Dado que no se trata de un rescate sino de una resolución de contrato por declaración del contratista en concurso de acreedores, la norma de aplicación no es la LCSP, sino el TRLCAP por determinarlo así la Disposición Adicional Primera de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

Téngase en cuenta lo dicho sobre el carácter supletorio de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

**SEGUNDA.-**El artículo 111.2 del TRLCAP establece como una de las causas de resolución de los contratos administrativos “La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.”

**TERCERA.-**Conforme al artículo 112 del TRLCAP, mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración tiene la opción o de resolver el contrato o de permitir la continuidad en su ejecución si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución.

**CUARTA.-**Aunque no existe normativa que regule esta garantía suficiente, entendemos que no puede tratarse de una garantía pecuniaria, tal como la complementaria del artículo 36 del TRLCAP (piénsese en la difícil situación financiera del contratista que le impedirá obtener una garantía de este tipo), sino aquella que

garantice la ejecución del contrato por el propio contratista. Tal podía ser el caso de un plan de viabilidad en el que quede reflejado de forma coherente y creíble la ejecución del contrato.

**QUINTA.**-En caso de optar por la resolución del contrato, si el concurso no ha sido calificado como culpable no procede la incautación de la garantía definitiva.

**SEXTA.**-El procedimiento para la resolución del contrato es el establecido en el artículo 109 del RGLCAP.

Este es el informe de la Oficialía Mayor de la Diputación de Badajoz en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para con lo solicitado por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.



## ACTA DE COMPROBACIÓN DEL REPLANTEO. RESERVAS DEL ADJUDICATARIO

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ esta Oficialía emite el presente INFORME

### ANTECEDENTES:

Los aportados por el Ayuntamiento: Pliego de Cláusulas y Contrato.

### NORMATIVA APLICABLE

- Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

- Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1.098/2001.

### CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**1. EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS COMO LEY DEL CONTRATO.**-El artículo 139.1 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP) establece que *“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, ...”*.

Conforme a esa obligada aceptación incondicionada de la totalidad de las cláusulas y condiciones de los pliegos se ha formulada la teoría de que el pliego es *lex contractus*, la ley del contrato, de tal manera que **sus cláusulas obligan por igual a Administración contratante y a adjudicatario una vez que dicho pliego no ha sido recurrido en tiempo y forma** y se ha presentado la correspondiente oferta.

Sobre este concepto o condición del pliego de cláusulas como *lex contractus*, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 35/04, de 8 de julio de 2004, reitera esta posición, basada en jurisprudencia de Tribunal Supremo, aunque no cita ninguna sentencia concreta:

*“En este sentido, hemos de tener presente, que el pliego es lex contractus y vincula tanto a la Administración como a los licitadores y al contratante. Así, esta Junta Consultiva en el informe 65/96, de 20 de marzo de 1997, manifiesta que los pliegos adquieren su relevante importancia en el contrato como ley del mismo, una vez aprobado y adjudicado el*

*contrato al licitador seleccionado como contratista y en este sentido, como “ley del contrato” han sido reiteradamente caracterizados los pliegos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Igualmente, en el informe 29/00, de 30 de octubre de 2000, se señala que el artículo 14 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al igual que hacía el artículo 14 de la hoy derogada Ley de Contratos del Estado caracteriza a los pliegos de cláusulas administrativas particulares como los que incluyen los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes en el contrato y que, como expresión del principio pacta sunt servanda, básico de la contratación en general y de la contratación administrativa en particular, ha dado lugar a que, doctrinal y jurisprudencialmente, se configure a los pliegos como verdadera ley de contrato.”*

Por su parte, el Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en su Dictamen 81/99, incide en esta cuestión pacífica y no controvertida de que el Pliego constituye *lex contractus*, citando una sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1994:

*“De esa forma, el PCAP constituye la “lex contractus”, ley particular de la obligación a la cual se suele hacer también expresa referencia de aceptación en el documento de formalización del contrato (en nuestro caso, en la Cláusula Segunda, según vimos). Por ello, no es de extrañar que la Jurisprudencia, a efectos de determinar la incidencia del posible error en el consentimiento, se centre en el PCAP como elemento definidor de las obligaciones de las partes, al que se añaden el precio y cualesquiera otras condiciones ofrecidas por el licitador permitidas por el Pliego y aceptadas por la Administración. Así, la STS, Sala 3ª, de 21 de enero de 1994, expresa que **“el Pliego de Condiciones en la contratación administrativa constituye la “lex contractus” con fuerza vinculante para el contratante y la Administración.** Las cláusulas del mismo fijan las condiciones del acuerdo de voluntades de manera que la modificación de alguna determinante del consentimiento prestado ocasiona la nulidad del contrato celebrado, de conformidad con el artículo 1300 en relación a los artículos 1265 y 1266 del Código Civil”. ( Quiere decirse pues, que el contenido obligacional sobre el que se presta el consentimiento es sobre el contenido del PCAP, con las concreciones sobre precio y demás condiciones de ejecución de la obra que aquél permita. ( Por tal motivo, y sin necesidad de entrar en mayores análisis, cabe rechazar la existencia de error alguno que invalide el contrato, porque el contratista conoció y declaró aceptar expresamente el contenido del PCAP, en cuya Cláusula Segunda, denominada “Presupuesto”, se fijaba éste en la cantidad de 183.495.685 pesetas, incluyendo expresamente gastos generales, beneficio industrial y el IVA correspondiente. Y menos error pudo haber cuando ofreció incluso una cantidad inferior a dicho precio máximo, en concreto con una baja del 1,83% sobre éste”*

También el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su resolución 022/2012, recoge la misma idea que venimos sosteniendo, presentada la oferta y adjudicado el contrato, el pliego se convierte en “*lex contractus*”, citando la Sentencia de 12 de febrero de 2004, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-230/02, Grossmann Air Service, apartados 37 a 40:

*“El PCAP ha establecido, y los licitadores aceptado, este dimensionamiento de la solvencia económica y su forma de acreditación, y por el principio de seguridad jurídica, en tanto no existe un vicio de nulidad de pleno derecho, no es posible ahora cuestionar la validez jurídica del mismo. Como es sabido, el pliego es *lex contractus* y tiene sus propias vías de*



*impugnación, por lo que tras participar en un procedimiento no es posible pretender la revisión del contenido del pliego, salvo que concurriera un vicio de nulidad de pleno derecho. Ese es el criterio general con fundamento en el principio de seguridad jurídica y de conformidad con los actos propios, tal y como declara, entre otras, la Resolución 152/2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, o el Acuerdo 2/2012, de 16 enero de 2012, de este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.*

*Abundando en esta idea ha insistido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al afirmar que carecerá de legitimación activa para impugnar la adjudicación del contrato una persona que, estimando discriminatorias las cláusulas de licitación, no las impugnó (STJUE de 12 de febrero de 2004, C-230/02, Grossmann Air Service, apartados 37 a 40). ”*

Reitera este posicionamiento la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, en su Informe 2/2013, de 3 de octubre, recogiendo este carácter de los pliegos una vez presentada la oferta y adjudicado el contrato, citando las sentencias que en el mismo se recogen:

*“A este carácter obligatorio de los contratos se refiere la STS de 30 de mayo de 1989 al afirmar que “el principio fundamental de la contratación civil resumido en la fórmula de contrato *lex inter partes*, es válido para la contratación efectuada por la Administración Pública salvo las correcciones que le dan su perfil característico atendida la naturaleza jurídica de los entes públicos que en ella intervienen; así, es constante la doctrina de esta Sala que ahora enjuicia vertida en multitud de sentencias cuyo excesivo número exonera de toda concreta cita, que declara que “el contrato es ley entre las partes, lo mismo en la esfera civil que en la administrativa, cuando los términos de sus cláusulas son claros y terminantes sin que susciten dudas ni titubeos en su interpretación, por eso las incidencias derivadas de la interpretación y cumplimiento de los contratos han de resolverse de absoluta conformidad a lo convenido y libremente concertado por las partes en vista del principio general anteriormente expuesto”; así hemos de tener en cuenta que es un axioma jurídico nunca discutido que los contratos obligan a las partes contratantes en razón a su coincidente voluntad de cumplimiento de sus prestaciones respectivas y a asumir las cargas que se estipularon, los riesgos posibles y las ventajas que puedan obtenerse, sin que ninguna de dichas partes pueda impedir ni participar en las ganancias que la otra legítimamente consiga; de lo cual se deduce que la observancia estricta de las cláusulas aceptadas es lo que constituye la regla general en la vida del contrato y su perfecta ejecución y normalidad”*

Por último, el tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha venido sosteniendo de manera reiterada esta condición del pliego de cláusulas como *lex contractus* o ley del contrato, **extendiéndolo incluso al de prescripciones técnicas**. Entre otras muchas las siguientes Resoluciones : N.º 150/2016 de 19 Feb. 2016; N.º 366/2016 de 13 de Mayo 2016; 70/2016 de 26 Feb. 2016. Así, en esta última se dice lo siguiente

***“Los pliegos constituyen, pues, la ley del contrato, que vinculan tanto a los licitadores como al órgano contratante. Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez éstos adquieren firmeza. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo***

de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima) y otras resoluciones de este Tribunal (178/ 2013, 17/ 2013 y 45/2013) afirma que esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencia en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la ley del concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía.”

Dicho esto, son innegables dos cuestiones. La primera que tanto la cláusula 9.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares como el modelo de proposición contenida en el mismo hacen referencia a la ejecución de este contrato de obra conforme al proyecto redactado por el Arquitecto Don \_\_\_\_\_:

**Cláusula 9.4 Contenido de las proposiciones.** Las proposiciones para tomar parte en la licitación se presentarán en dos sobres cerrados, firmados por el licitador, en los que se hará constar la denominación del sobre y la leyenda «Proposición para licitar a la contratación de las obras de FASE PRIMERA DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZAS PARA DEPENDIENTES EN CENTRO \_\_\_\_\_ CONFORME AL PROYECTO DE D. \_\_\_\_\_». ...”

### **Modelo de Oferta:**

a) *Proposición económica.* Se presentará conforme al siguiente modelo: « \_\_\_\_\_, con domicilio a efectos de notificaciones en \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, n.º \_\_\_\_\_, con NIF n.º \_\_\_\_\_, en representación de la Entidad \_\_\_\_\_, con NIF n.º \_\_\_\_\_, enterado del expediente para la contratación de las obras de FASE PRIMERA DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZAS PARA DEPENDIENTES EN CENTRO \_\_\_\_\_ **CONFORME AL PROYECTO DE D. \_\_\_\_\_** por procedimiento abierto, anunciado en el Perfil de contratante, hago constar que **conozco el Pliego que sirve de base al contrato y lo acepto íntegramente, tomando parte de la licitación** y comprometiéndome a llevar a cabo el objeto del contrato por el importe de \_\_\_\_\_ euros y \_\_\_\_\_ euros correspondientes al Impuesto sobre el Valor Añadido.

La segunda cuestión es que en la Plataforma de Contratos del Sector Público aparecen publicados tanto el pliego de cláusulas administrativas particulares como el de prescripciones técnicas. Consiguientemente con ello el contratista no sólo es conocedor de estos dos documentos, sino del propio proyecto, realizando una oferta que supuso una baja sobre el presupuesto base de licitación del 18,3 %.

Por último, destacar que el propio contrato suscrito entre el Ayuntamiento y el adjudicatario, en su Cláusula Primera se establece que el “Grupo \_\_\_\_\_, -adjudicatario del contrato- se compromete a la realización de las siguientes prestaciones: Fase primera de la ampliación de plazas para dependientes en centro residencial mixto **conforme**

*al proyecto de D. \_\_\_\_\_, con arreglo al pliego de cláusulas administrativas particulares y al de prescripciones técnicas que figuran en el expediente, documentos contractuales que acepta incondicionadamente y sin reserva alguna y de lo que queda constancia firmando en este acto su conformidad con él.”*

**2. ACTA DE COMPROBACIÓN DEL PREPLANTEO.**-Respecto a la comprobación del replanteo, el artículo 139 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por RD 1098/2001, en su regla 2ª establece los siguientes:

*“2.ª Cuando el resultado de la comprobación del replanteo demuestre, a juicio del director de la obra **y sin reserva por parte del contratista, la disponibilidad de los terrenos y la viabilidad del proyecto**, se dará por aquél la autorización para iniciarlas, haciéndose constar este extremo explícitamente en el acta que se extienda, de cuya autorización quedará notificado el contratista por el hecho de suscribirla, y empezándose a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta.”*

Convocado para el acto de comprobación del replanteo, con fecha 9 de julio de 2019 se firma el correspondiente acta en la cual quedan recogidas las reservas o alegaciones formuladas por el contratista, en las que, sorprendentemente, como si el proyecto fuera nuevo para él y no hubiese realizado su oferta en base al presupuesto en él contenido, manifiesta la existencia de defectos en el mismo **que pueden comprometer la viabilidad de su cumplimiento**. Inviabilidad que, al parecer, y según queda recogido en el Informe aportado con posterioridad por el contratista adjudicatario, comporta un aumento del precio de la obra en 104.401,57 euros; importe superior incluso a la baja que él mismo realizó en su oferta.

No olvidemos que la comprobación del replanteo se configura legalmente como un acto unilateral de la Administración, siendo ésta quien comprueba, a través del servicio encargado de las obras o de la dirección facultativa de la obra, en presencia del contratista, constituyendo por tanto una obligación esencial de aquélla pues de su cumplimiento depende que el contratista pueda o no iniciar la obra.

Ahora bien, el artículo 139 del RGLCAP, en su regla 4.ª establece lo siguiente: *“Cuando no resulten acreditadas las circunstancias a que se refiere el apartado anterior o el director de la obra considere necesaria la modificación de las obras proyectadas **quedará suspendida la iniciación de las mismas, haciéndolo constar en el acta, hasta que el órgano de contratación adopte la resolución procedente** dentro de las facultades que le atribuye la legislación de contratos de las Administraciones públicas. **En tanto sea dictada esta resolución quedará suspendida la iniciación de las obras desde el día siguiente a la firma del acta**, computándose a partir de dicha fecha el plazo de seis meses a que se refiere el artículo 149, párrafo b), de la Ley, sin perjuicio de que, si fueren superadas las causas que impidieron la iniciación de las obras, se dicte acuerdo autorizando el comienzo de las mismas, notificándolo al contratista y computándose el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la notificación”*.

Sin embargo, la regla 5.ª del mencionado artículo 139 del RGLCAP, establece algo que en este caso es de gran interés: *“Lo dispuesto en el apartado anterior se aplicará igualmente cuando el contratista formulase reservas en el acto de comprobación*

*del replanteo. No obstante si tales reservas resultasen infundadas, a juicio del órgano de contratación, no quedará suspendida la iniciación de las obras ni, en consecuencia, será necesario dictar nuevo acuerdo para que se produzca la iniciación de las mismas y se modifique el cómputo del plazo para su ejecución.”*

Por tanto, realizadas las reservas por parte del contratista sobre la viabilidad del proyecto, por el órgano de contratación, y a la vista del informe de la dirección de obra de que tales reservas del contratista pudieran ser infundadas, debió acordarse la no suspensión de las obras.

Según queda recogido en el Informe emitido por la Oficina de Supervisión de proyecto a petición del Ayuntamiento y como consecuencia de esta eventualidad en la ejecución del contrato, entre otras afirmaciones se dice que “La valoración que se incluye en el informe técnico aportado por el contratista, mediante la utilización de los precios de la Base de precios, y que supondría un incremento del precio de la obra en 104.401,57 •, *carece de validez en el contexto del contrato.*”

Las consecuencias prácticas de los hechos ocurridos es que el inicio de las obras están paralizadas de facto, por cuanto no se ha procedido, o al menos a nosotros no nos consta así, en la forma establecida en el artículo 139 del RGLCAP; es decir, ante las reservas realizadas por el contratista en la comprobación del replanteo, el director debió emitir informe sobre esas reservas y elevar al órgano de contratación su propuesta de paralización o no de las mismas; y éste a la vista de las reservas del contratista y del informe de la dirección de obra, acordar la suspensión o, sin necesidad de nuevo acta de replanteo, determinar el inicio inmediato de las obras.

**3. MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.-** La cláusula vigésimo sexta del PCAP regula las modificaciones del contrato del siguiente tenor:

*“Se prevé de manera expresa, de conformidad con el artículo 204 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la posibilidad de que durante la ejecución del contrato se realicen modificaciones de su objeto conforme a las siguientes determinaciones:*

*a) Circunstancias previstas en el punto 1.05. de los pliegos técnicos.*

*b) Porcentaje del precio de adjudicación del contrato al que como máximo puedan afectar hasta un máximo del 15 del precio inicial.*

Si embargo, y pese a la remisión al punto 1.05 del PPT, ni el PCAP ni el PPT cumplen a este respecto las exigencias contenidas en el mencionado artículo 204 de la LCSP, modificaciones previstas en el Pliego:

*“b) Asimismo, en lo que respecta a su contenido, la cláusula de modificación **deberá precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. La cláusula de modificación establecerá, asimismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.***

*La formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos.”*

Lo que está preñdiendo el contratista es una modificación contractual no prevista en el pliego, basado, según su parecer, en errores del proyecto (errores que sólo tienen un alcance económico) y que ya la Oficina de Supervisión de Proyectos de la Diputación lo ha calificado en su Informe como carente *de validez en el contexto del contrato*.

Es cierto que el artículo 205 de la LCSP regula la posibilidad de modificación de los contratos cuando tal eventualidad no esté prevista en los pliegos, pero sujeta esta modificación al cumplimiento de unas estrictas reglas y requisitos.

Exige en primer lugar este artículo 205 de la LCSP que se cumplan de forma acumulativa estos dos requisitos:

a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.

b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

A continuación este precepto establece tres supuestos que posibilitan la modificación del contrato no prevista en el pliego, exigiendo para cada uno de ellos una serie de requisitos:

**a) Cuando deviniera necesario añadir obras adicionales a los inicialmente contratados**, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación.

En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.

2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

**b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato**, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

**c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales.** En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando:

(I) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.

(II) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

Pues bien, no parece que, a la vista tanto de los documentos contractuales como del Informe emitido por la Oficina de Supervisión de proyectos, desconocemos si la dirección facultativa a Informado algo al respecto, se de alguno de estos tres supuestos y sus requisitos en la pretensión del contratista adjudicatario que, como ya hemos visto, aduce errores en el proyecto que afectan a los precios contemplados en el mismo. Proyecto que conocía, o debió conocer, en el momento de realizar su oferta. Es por tanto la pretensión de éste un turpitudinem. En efecto, si el contratista adjudicatario dispuso en el momento de realizar su oferta de todos los elementos administrativos, técnicos y económicos para realizar su oferta, y, además, realizó una baja del 18,3 % sobre el presupuesto base de licitación, alegar ahora errores en la determinación de tales precios contenidos en el proyecto no puede sino decirse que se trataría más de una torpeza o falta de previsión del mismo que no solo en base al principio de riesgo y ventura, sino al viejo aforismo "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" (nadie puede basar una alegación en sus propios errores), debe desecharse como causa justificativa de una modificación contractual que, además, no tiene cabida ni en el propio PCAP ni en el artículo 205 de la LCSP. O, de otro modo, una pretensión de subvertir los principios de la contratación pública contenidos en el artículo 1 de la LCSP y conseguir una modificación que, de conocer otros licitadores quizás ahora no estaríamos ante el mismo adjudicatario. Por tanto, debe rechazarse de plano dicha pretensión.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.**-Conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la LCSP *la presentación de las ofertas por los interesados supone la aceptación incondicionada de todos términos del pliego; lo que convierte a éste en ley del contrato.* En dicho pliego se determina que la obra se realizará conforme al proyecto; que es conocido, tanto en sus aspectos técnicos como económicos por el contratista adjudicatario, pues de otro modo difícilmente puede realizar una oferta solvente y cumplible.

A mayor abundamiento, en la cláusula primera del propio contrato se vuelve a recoger que el contratista se compromete a realizar la obra objeto del contrato conforme al proyecto, con arreglo al pliego de cláusulas administrativas particulares y al de prescripciones técnicas que figuran en el expediente, documentos contractuales que acepta incondicionadamente y sin reserva alguna.

**SEGUNDA.**-La comprobación del replanteo fue realizada y en la que el contratista, no obstante firmar el correspondiente acta, hizo reservas sobre la viabilidad del proyecto que, aunque, según consta en el Informe del Servicio de Supervisión de Proyectos de la Diputación de Badajoz, el director de la obra informa que a su juicio, las reservas manifestadas por el contratista no son causa de interrupción de la obra. Realizadas estas reservas y emitido dicho Informe por la

dirección facultativa, conforme a la Regla 5ª del artículo 139 del RGLCAP si las reservas sobre la viabilidad del proyecto realizadas por el contratista resultasen infundadas a juicio del órgano de contratación, no quedará suspendida la iniciación de las obras ni será necesario dictar nuevo acuerdo para que se produzca la iniciación de las mismas y se modifique el cómputo del plazo para su ejecución.

Sin embargo a nosotros no nos consta tal modo de proceder y, a nuestro juicio, el inicio de las obras están paralizadas de facto, por cuanto no se ha procedido, o al menos a nosotros no nos consta así, en la forma establecida en el artículo 139 del RGLCAP.

**TERCERA.**-En nuestra opinión las reservas realizadas por el contratista en el momento de la comprobación del replanteo no son sino una intención de modificar el contrato, por cuanto con fechas posteriores a esa acta de comprobación de replanteo se presenta ante el Ayuntamiento. Informe que, en definitiva, se traduce en un sobrecoste de más de 100.000 euros. Modificaciones que no tienen cobertura en el pliego al amparo del artículo 204 como tampoco en las modificaciones no previstas en el pliego reguladas en el artículo 205 de la LCSP.

En definitiva, el contratista en sus reservas al acta de comprobación aduce errores en el proyecto que afectan a los precios contemplados en el mismo. Proyecto que conocía, o debió conocer, en el momento de realizar su oferta. Es por tanto la pretensión de éste un turpitudinem, por cuanto si éste dispuso en el momento de realizar su oferta de todos los elementos administrativos, técnicos y económicos para realizar su oferta, y, además, ofertó una baja del 18,3 % sobre el presupuesto base de licitación, alegar ahora errores en la determinación de tales precios contenidos en el proyecto no puede sino decirse que se trataría más de una torpeza o falta de previsión del mismo que no sólo en base al principio de riesgo y ventura, sino al viejo aforismo "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nadie puede basar una alegación en sus propios errores), debe desecharse como causa justificativa de una modificación contractual que, además, no tiene cabida ni en el propio PCAP ni en el artículo 205 de la LCSP. O, de otro modo, una pretensión de subvertir los principios de la contratación pública contenidos en el artículo 1 de la LCSP y conseguir una modificación que, de conocer otros licitadores quizás ahora no estaríamos ante el mismo adjudicatario. Por tanto, debe rechazarse de plano dicha pretensión.

Este es el informe de la Oficialía Mayor de la Diputación de Badajoz en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para con lo solicitado por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.



## **POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS Y COMPENSACIÓN DE DEUDAS**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, esta Oficialía emite el presente INFORME

### **ANTECEDENTES:**

- Pliego de cláusulas administrativas particulares.
- Contrato administrativo suscrito por ambas partes.

### **NORMATIVA APLICABLE**

- Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.
- Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por RD legislativo 2/2004.
- Reglamento General de Recaudación , aprobado por RD 939/2005.

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**1. MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.**-Con carácter general para todos los contratos, la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP) regula la posibilidad de su modificación en sus artículos 203 a 207. En el caso concreto sometido a Informe, y examinado el pliego de cláusulas, se trataría de modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas pero que, al amparo del artículo 205, podrían encontrar su justificación o acomodo en alguno de los supuestos en él establecidos; precepto que, además de exigir que se trate de concretos supuestos, determina la obligación de que se cumplan una serie de requisitos o condiciones.

No cumplirlos, como afirma el profesor Gimeno Feliu, supondría una quiebra de los principios que ocultará una nueva adjudicación decidida directamente y, por tanto, ilegal. En definitiva, la efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –entendida como una potestad condicionada- en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación efectuada. Obviamente, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia -como recuerda la STJUE de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta* “*un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para*

*su adjudicación”* . De especial interés es la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235/11) que enjuicia un recurso del Reino de España. La sentencia condena al Reino de España y critica que la legislación española permitiera la modificación por necesidades nuevas ya que tal concepto no forma parte de la noción de imprevisibilidad: *“el uso de un criterio relativo a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio , durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de la licitación”*.

Téngase en cuenta que la modificación de los contratos ya no es un asunto entre Administración contratante y contratista. En efecto, por un lado, el párrafo segundo del artículo 207.3 de la LCSP exige la publicación de un anuncio en el perfil de contratante y, por ende, en la Plataforma de Contratación del Sector Público, lo que facilita el conocimiento de los interesados para, si así se considera, la interposición del pertinente recurso:

*“Asimismo los órganos de contratación que hubieren modificado un contrato durante su vigencia, con independencia de si este está o no sujeto a regulación armonizada y de la causa que justifique la modificación, deberán publicar en todo caso un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma, que deberá ir acompañado de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación.”*

Pues bien, el artículo 205.1 de la LCSP exige con carácter previo para que pudiera llevarse a cabo la modificación de un contrato que se cumplan de manera acumulativa estos dos requisitos:

a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.

b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

Por tanto, habrá de analizarse en primer término si la pretendida modificación está justificada en alguno de estos supuestos:

**a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados**, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

**1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico**, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación.

En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.

**2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.**

**b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato,** siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

**c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales.** En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, **una modificación se considerará sustancial** cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

**1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente** o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

**2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.**

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando:

(i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.

(ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

Se nos indica en la petición de Informe así como en la conversación mantenida con el Sr. Alcalde que la modificación que se pretende consiste en la prestación de servicios de mayor atención personal y profesional a los mayores autónomos cuando los mismos, de manera accidental y/o temporal puedan requerir esta mayor atención, por ejemplo en caso de caída y fractura de huesos.

A continuamente, analizaremos estas diversas circunstancias habilitantes de la modificación contractual ante la falta de previsión de la misma en el pliego a fin de determinar si alguna o varias de ellas pueden tener encaje en la pretensión del Ayuntamiento:

**a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados.** Examinado el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige en este contrato se observa que no aparecen los servicios que se pretenden prestar en estos casos excepcionales. En este caso, como hemos visto, el mencionado artículo 205 de la LCSP exige que, de manera acumulativa, se den los dos siguientes requisitos:

• **Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico.** Este requisito parece cumplirse pues no parece lógico ni práctico, técnica y económicamente, que pudiera contratarse la prestación de estos servicios extraordinarios con empresa diferente de la concesionario del servicio en su conjunto.

• **Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.** A este respecto, antes de acordar la modificación, por los servicios municipales deberán realizarse los estudios económicos pertinentes a fin de acreditar que no se supera ese límite del 50%.

**b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato.** Este caso concreto tiene difícil encaje para la pretensión del Ayuntamiento por cuanto la falta de inclusión en los pliegos de estos servicios

extraordinarios puede deberse más a una falta de previsión que a circunstancias sobrevenidas; por cuanto no es infrecuente que los usuarios de estos servicios, dada a su edad avanzada, puedan sufrir este tipo de accidentes o circunstancias que demanden, de manera temporal, una extensión de los servicios o cuidados normales que reciben.

**c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales.** En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial. Ya hemos visto cómo este artículo 205 de la LCSP determina cuando una modificación es sustancial:

**1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente** o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación. No creemos que la introducción de este servicio adicional, aunque probable, pudiera representar esa cualidad de ser determinante a la hora de realizar las ofertas por los licitadores.

**2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.** En los mismos términos que la anterior consideración, dado el número de usuarios del centro y la estadística que pudiera darse en las situaciones excepcionales que justificarían esta modificación, supongan un incremento de tal magnitud en la retribución del contratista que pudiera romper a su favor el equilibrio económico del contrato.

**3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato.** Como se ha visto, el artículo 205 de la LCSP considera que se da esta circunstancia en alguno de estos dos supuestos:

- Que el valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 10 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, tratándose contratos distintos al de obras. Debiéndose estar en este caso al preceptivo estudio económico que debe realizarse por el Ayuntamiento a los efectos de justificar la modificación pretendida.

- Que los servicios objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación. No dándose aquí esta posible circunstancia inhabilitante de la modificación.

Consecuencia de todo lo anterior es que la pretensión municipal tiene encaje en dos de las causas habilitantes del artículo 205 de la LCSP; si bien deberá realizarse el estudio económico pertinente a fin de justificar que no se superan los porcentajes exigidos por dicho precepto.

**2. COMPENSACIÓN DE LOS GASTOS DERIVADOS DE ESTOS SERVICIOS EXTRAORDINARIOS.**-Se nos indica por parte del Ayuntamiento que es-

tos servicios o atenciones extraordinarias no se van a repercutir sobre los usuarios y que su importe se pretende compensar con el pago del canon concesional anual de 36.000 euros al que viene obligado el concesionario como consecuencia de la oferta presentada por el mismo y así recogido en el contrato formalizado.

A este respecto indicar que la compensación de deudas consiste en la posibilidad de liquidar saldos deudores y acreedores cuando una misma persona o entidad es simultáneamente deudora y acreedora de otra. En el presente caso, el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sería simultáneamente acreedor de la concesionaria por el canon concesional y deudor de la misma por el importe de los servicios o atenciones extraordinarias.

Además del requisito de que dos personas o entidades sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una del servicio y la otra del canon concesional, es necesario, tal y como establece el Código Civil español, que las deudas sean de la misma especie y calidad, circunstancia que también concurre en el supuesto analizado, ya que en ambos casos se trata de deudas dinerarias.

*Con arreglo a lo determinado en el artículo 2.2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por RD legislativo 2/2004, “Para la cobranza de los tributos y de las cantidades que como **ingresos de derecho público**, tales como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, precios públicos, y multas y sanciones pecuniarias, debe percibir la hacienda de las entidades locales de conformidad con lo previsto en el apartado anterior; dicha Hacienda ostentará las prerrogativas establecidas legalmente para la hacienda del Estado, y actuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes.”*

Es cierto que hay quienes opinan que las obligaciones pecuniarias derivadas de la ejecución de los contratos administrativos constituyen ingresos de derecho privado y que por tanto no cabe su compensación. Sin embargo, en nuestra opinión, siendo que en estos contratos la Administración está investida de una serie de prerrogativas como las de modificación, resolución, etc, así como que la jurisdicción competente es la contenciosa-administrativa, es indudable el carácter de público de los mismos y, por tanto, les será de aplicación las normas sobre cobro de este tipo de ingresos.

Así pues, nada impide la aplicación del Reglamento General de Recaudación (RGR), aprobado por RD 939/2005. Consiguientemente con ello puede aplicarse el artículo 55 y siguientes del RGR, por cuanto **es posible, tal como establece el artículo 58 del RGR la compensación de oficio de las deudas:**

*“1. Cuando un deudor a la Hacienda pública no comprendido en el artículo anterior sea, a su vez, acreedor de aquella por un crédito reconocido, una vez transcurrido el periodo voluntario, se compensará de oficio la deuda y los recargos del periodo ejecutivo que procedan con el crédito.*

*2. No obstante, se compensarán de oficio durante el plazo de ingreso en periodo voluntario:*

- *Las cantidades a ingresar y a devolver que resulten de un mismo procedimiento de comprobación limitada o inspección, debiéndose producir el ingreso o la devolución de la cantidad diferencial que proceda.*

- *Las cantidades a ingresar y a devolver que resulten de la práctica de una nueva liquidación por haber sido anulada otra anterior. En este caso, en la notificación de la nueva liquidación se procederá a la compensación de la cantidad que proceda y se notificará al obligado al pago el importe diferencial para que lo ingrese en los plazos establecidos en el artículo 62.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. En este supuesto, procederá la liquidación de los intereses de demora devengados según lo dispuesto en el artículo 26.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, intereses que serán objeto de compensación en el mismo acuerdo.”*

Es preciso que las deudas se encuentren vencidas y, en consecuencia, resulten exigibles.

Finalmente, hacer la advertencia de que la compensación es financiera, pero no presupuestaria, es decir, se compensan las entradas y salidas materiales de fondos, pero no así los créditos presupuestarios. Ello implica que deberán consignarse, en el estado de gastos del presupuesto municipal, en la correspondiente aplicación presupuestaria del capítulo 2, los créditos adecuados para hacer frente a la aprobación del gasto y reconocimiento de la correspondiente obligación por el importe de los servicios extraordinarios prestados, sin perjuicio de que la entrada y salida material de fondos se vea compensada a través de las correspondientes cuentas de formalización.

**3. PUBLICIDAD DE LA MODIFICACIÓN.**-Tal como exige el artículo 207.3, párrafo segundo, de la LCSP, *“Asimismo los órganos de contratación que hubieren modificado un contrato durante su vigencia, con independencia de si este está o no sujeto a regulación armonizada y de la causa que justifique la modificación **deberán publicar en todo caso un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días** desde la aprobación de la misma, que deberá ir acompañado de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación.”*

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.**-Analizada la pretensión del Ayuntamiento de modificar el contrato de concesión de servicios en cuestión, consistente dicha modificación en la prestación de servicios de mayor atención personal y profesional a los mayores autónomos cuando los mismos, de manera accidental y/o temporal puedan requerir esta mayor atención, por ejemplo en caso de caída y fractura de huesos, la misma tiene encaje en dos de las causas habilitantes del artículo 205 de la LCSP, arriba explicitadas; si bien deberá realizarse el estudio económico pertinente a fin de justificar que no se superan los porcentajes exigidos por dicho precepto.

**SEGUNDA.**-Acordada la modificación por el Pleno del Ayuntamiento como órgano de contratación, previo el establecimiento de los precios unitarios de estos servicios extraordinarios y su sistema de control por parte de los servicios municipales, los importes de dichos servicios, cuyo coste quiere asumir el Ayuntamiento, pueden ser compensados con cargo al canon concesional en los términos y condiciones que arriba hemos expuesto.

**TERCERA.**-El acuerdo de modificación deberá publicarse en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días en los términos que exige el artículo 207.3 de la LCSP.

Este es el informe de la Oficialía Mayor de la Diputación de Badajoz en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para con lo solicitado por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.



## **OBLIGATORIEDAD O NO DEL AYUNTAMIENTO DE HACERSE CARGO DE DEUDA CONTRAÍDA POR EMPRESA CONCESIONARIA DEL SERVICIO DE GESTIÓN DE LA RESIDENCIA DE ANCIANOS Y CENTRO DE DÍA.**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ , se emite el presente INFORME

### **HECHOS. ANTECEDENTES**

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente: Se solicita informe jurídico sobre la obligación o no del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ de hacerse cargo de la deuda contraída por la Empresa \_\_\_\_\_, S.L., concesionaria del Servicio de Gestión de la Residencia de Ancianos y Centro de Día de \_\_\_\_\_, actualmente secuestrado el Servicio por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ desde el día 4 de marzo de 2019, con varios trabajadores de la Residencia durante los meses de noviembre y diciembre de 2018 y enero de 2019.

### **FONDO DEL ASUNTO**

Como quiera que se formula reclamación previa a la vía laboral contra el Ayuntamiento y es presentada con posterioridad a la fecha de vigencia de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -LPACAP-, (2 de octubre de 2016), la misma no encuentra sustento legal alguno y en cumplimiento de la nueva norma, ya no es requisito previo al ejercicio de las acciones fundadas en derecho privado o laboral contra el Ayuntamiento, debiendo acudir directamente a la vía judicial que corresponda en atención al materia sobre la que aquella verse.

Pero con independencia de lo anterior, ni siquiera en este supuesto es admisible la presentación de dicha reclamación por la empresa \_\_\_\_\_, S.L. contra el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, por supuestas deudas salariales que la empresa en cuestión como concesionaria del Servicio de Gestión de la Residencia de Ancianos y Centro de Día de \_\_\_\_\_, tuviere con sus trabajadores o alguno de ellos, por cuanto el periodo a que dicha reclamación abarca de noviembre y diciembre de 2108 y enero de 2109, es anterior a la fecha de 4.03.2019 de efectividad del acuerdo de secuestro por parte del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ cualquier cuestión que sobre los salarios adopte con relación a sus trabajadores en dichas fechas, es un tema que atañe en exclusiva a dicha empresa en el ámbito de las relaciones laborales internas con sus trabajadores, y no a la Administración municipal.

Es decir, el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, carece de mecanismos legales para intervenir en el marco de las relaciones laborales entabladas en dicho periodo entre la empresa concesionaria y los trabajadores de ésta, que se rigen por el Derecho Laboral, y permanecen ajenas a las potestades y prerrogativas de la Administración concedente. Estas potestades de la Administración operan en el ámbito de la relación contractual con la concesionaria, con fundamento en la concesión administrativa realizada en su día y en base a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas – en el presente por TRLCSP- pero no alcanzan a las relaciones laborales internas entre concesionaria y los trabajadores de ésta.

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 \_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

## NULIDAD DE CONTRATO. PROHIBICIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, esta Oficialía emite el presente INFORME

### ANTECEDENTES:

Según manifiesta el Secretario-Interventor interino, el anterior Alcalde “*encargó*” un plan de emergencia municipal a una determinada empresa, sin que se siguiera el procedimiento legalmente establecido. Una vez entregado el trabajo objeto de este contrato se pretende el cobro del precio “convenido”.

### NORMATIVA APLICABLE

- Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.
- Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001.
- Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

### CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El artículo 118 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP) exige en los contratos menores, entre otros trámites, **el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, la aprobación del gasto** y la incorporación al mismo de la factura correspondiente. No obstante esto, la Disposición Adicional Segunda de la propia LCSP posibilita que en los Municipios de población inferior a 5.000 habitantes se sustituya la aprobación del gasto por un certificado de existencia de crédito expedido por la Intervención:

*“4. En los contratos celebrados en los municipios de menos de 5.000 habitantes, la aprobación del gasto podrá ser sustituida por una certificación de existencia de crédito que se expedirá por el Secretario Interventor o, en su caso, por el Interventor de la Corporación”.*

Por lo datos que se nos aporta se deduce tanto que no se ha seguido el procedimiento que exige el artículo 118 de la LCSP para la adjudicación de los contratos menores como la inexistencia de crédito (ni aprobación del gasto ni certificado de la existencia de crédito para acometer tal contratación.

El artículo 39 de la LCSP, cuando regula las causas de nulidad de derecho administrativo incluye entre ellas las siguientes:

*- Las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*

- La carencia o insuficiencia de crédito

Si acudimos al mencionado artículo 47 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), su apartado primero establece las causas de nulidad “radical” de los actos administrativos:

*“1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

*a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*

*b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*

*c) Los que tengan un contenido imposible.*

*d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*

*e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.*

*f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*

*g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.”*

Acudiendo a la situación de hecho planteada en la petición de informe, arrastra a la nulidad de lo actuado, es decir, del propio contrato de ejecución de un plan de emergencia.

Por tanto, existiendo causa de nulidad sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 106.1 de la LPACAP respecto a la facultad de revisión de los actos administrativos:

*“1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.”*

Declarada la nulidad del contrato habrá que estarse a lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP:

*“1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que **entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo** y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.”*

Sin embargo, al encontrarnos ante una prestación contratada de forma irregular, eso sí, pero ya concluida, podremos acudir al artículo 110 de la propia LPACAP para no ejercer la facultad de revisión de oficio:

*“Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.”*

Ahora bien, derivada de la prohibición de enriquecimiento injusto, como acertadamente se sostiene en la Instrucción 2/2012, de 12 de marzo, de la Interventora General y de la Directora de la Abogacía de las Islas Baleares sobre **la tramitación a seguir en los supuestos de reconocimiento extrajudicial de créditos derivados de la contratación irregular**: *“Por tanto, el expediente de enriquecimiento injusto o de reconocimiento extrajudicial de deuda se presenta como un instrumento de gasto para hacer efectiva la liquidación prevista en el apartado 1 del artículo 35 del TRLCSP, que trae causa de la resolución de un expediente de revisión de oficio y su finalidad es evitar el enriquecimiento injusto de la Administración.”* Modo de proceder que ha sido reiterado por, entre otros por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 51/2015, de 6 de abril de 2016; y citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015.

Por tanto, entrarían aquí en juego dos principios del derecho, uno el de economía procesal y otro el de prohibición de enriquecimiento injusto o sin causa. En base a ellos, y a esos límites de la revisión de oficio establecidos en el artículo 110 de la LPACAP, la primer actuación debería ser el reparo por la Intervención de la factura. A partir de aquí, por la propia Intervención deberá aplicarse lo establecido en el artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local. Especialmente lo determinado en las letras c), d) y e) de dicho precepto:

c) Constatación de que las prestaciones se han llevado a cabo efectivamente y de que su precio se ajusta al precio de mercado, para lo cual se tendrán en cuenta las valoraciones y justificantes aportados por el órgano gestor, que habrá de recabar los asesoramientos o informes técnicos que resulten precisos a tal fin.

d) Comprobación de que existe crédito presupuestario adecuado y suficiente para satisfacer el importe del gasto.

e) Posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, que será apreciada por el interventor en función de si se han realizado o no las prestaciones, el carácter de éstas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hayan producido. Para ello, se tendrá en cuenta que

el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones de economía procesal, sólo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone.

Como afirmó el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 51/2015, de 6 de abril de 2015,

*“La jurisprudencia ha utilizado el recurso a la institución del enriquecimiento sin causa para, a pesar de la declaración de la invalidez del contrato, conservar la prestación realizada por el contratista y exigirle al mismo tiempo a la Administración el cumplimiento de su obligación, no ya debido al contrato, sino como un medio para evitar el enriquecimiento sin causa que de otro modo se produciría.*

*Según Rebollo Puig, en su obra “El enriquecimiento injusto de la Administración Pública”, la causa por la que la jurisprudencia acude sistemáticamente a esta institución deriva de que se preocupa preferentemente, igual que las partes, de los efectos patrimoniales reales y no tanto del dogma quod nullum est nullum effectum producit, porque atiende más o exclusivamente a la justicia de la solución final, a la evitación del enriquecimiento sin causa que a la destrucción de los efectos del contrato que pasa, tanto para los Tribunales, como para los contratantes, a segundo plano. Por ello es fundamental concretar en el expediente de liquidación las causas que impiden la restitución in natura.*

*Esta solución encierra el peligro que ha denunciado la doctrina de que este mecanismo, a priori excepcional, se convierta en un medio para que la Administración ignore impunemente el procedimiento previsto, sabedora de que no solo conservará la prestación pactada, sino que el contratista obtendrá al menos una cifra muy parecida al precio previsto. Probablemente la renovada tendencia jurisprudencial al limitar la aplicación analógica de las normas sobre contratos válidos en relación a los intereses de demora a satisfacer por la cantidad adeudada en concepto de indemnización por enriquecimiento injusto, obedece a la necesidad de poner fin a la torticera utilización de dicha institución.*

*El efecto restitutorio ordenado por el artículo 35 del TRLCSP obliga a contrastar el precio pagado y el coste efectivo de los servicios y suministros prestados por la empresa contratista. Pues no sería jurídicamente admisible un efecto restitutorio contrario al principio que prohíbe el enriquecimiento injusto a cargo de cualquiera de las partes, como el que se produciría a favor del Hospital si recuperara íntegramente el precio pagado por los ascensores instalados, pero también se produciría a favor de la empresa adjudicataria del contrato si se pretendiera incrementar su patrimonio más allá del coste efectivo de los servicios prestados.”*

Por tanto, comprobado por la Intervención que el plan de emergencia ha sido presentado, que el precio es ajustado al de mercado y que existe crédito adecuado, una vez esto, los importes de la esa factura, que no tiene cobertura en un contrato adjudicado conforme a las normas de contratación, lo adecuado sería, como hemos dicho, la **tramitación del expediente de reconocimiento extrajudicial de deuda.**

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.**-El contrato para la elaboración de un plan de emergencia está tildado de nulidad tanto por no haberse seguido el procedimiento establecido en el artículo 118 de la LCSP como por la inexistencia de crédito para su financiación.

**SEGUNDA.**-Dado que el objeto del contrato está ejecutado podrá acudir al artículo 110 de la LPACAP para no ejercer la facultad de revisión de oficio al encontrarnos ante una prestación, contratada de forma ilícita, eso sí, pero ya concluida.

**TERCERA.**-La prohibición de enriquecimiento injusto nos lleva a la obligación del pago de la factura generada por la empresa, o obstante el obligado reparo de la misma por la Intervención. La cual, además, deberá realizar las actuaciones que determina el artículo 28 del 2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

**CUARTA.**-Concluido este proceso deberá tramitarse el correspondientemente expediente de reconocimiento extrajudicial de deuda que permita el pago de esta factura.

Este es el informe de la Oficialía Mayor de la Diputación de Badajoz en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para con lo solicitado por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.





# RECLAMACIÓN DE MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el siguiente INFORME

## ANTECEDENTES DE HECHO

Por el Ayuntamiento de referencia se plantea cuestión sobre la viabilidad de acceder a las pretensiones del adjudicatario de mantener el equilibrio económico del contrato de gestión del servicio de suministro de agua potable.

## LEGISLACIÓN APLICABLE

- Constitución Española (CE).
- Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).
- Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).
- Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD legislativo 2/2000.
- Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955

## FONDO DEL ASUNTO

**1. NORMATIVA APLICABLE.**-Siendo que el contrato fue adjudicado en 2002, la normativa de aplicación al mismo en cuanto a sus efectos y extinción es el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD legislativo 2/2000 (TRLCAP)

**2. RIESGO Y VENTURA-EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS.**-Antes de realizar un pronunciamiento sobre la cuestión sometida a Informe estimamos necesario realizar unas consideraciones sobre los conceptos de “*riesgo y ventura*” y “*restablecimiento del equilibrio económico-financiero de los contratos públicos*”.

En el concepto clásico el concesionario de un servicio público ha de asumir los riesgos financieros. Lo que se persigue según esta concepción es lograr la efectiva prestación del servicio, dejando al gestor las consecuencias económicas de la prestación.

Así podemos observar cómo el artículo 98 del TRLCAP establecía con carácter general lo siguiente:

*La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 144.*

Por otro lado, el principio según el cual el concesionario gestiona el servicio concedido a su «*riesgo y ventura*» fue recogido por el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (artículo 57.1), hoy derogado, lo que permitió a la jurisprudencia aplicar tal principio a la concesión de servicios. La especialidad de la institución de la concesión, tanto por su habitual larga duración como por la incidencia de nuevos factores no previstos durante su desarrollo, impidió en la práctica la aplicación del principio de «*riesgo y ventura*».

(1) Artículo 57 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales:

*“1. Los contratos en que intervengan las Corporaciones locales se entenderán siempre convenidos a riesgo y ventura para el contratista, sin que éste pueda solicitar alteración del precio o indemnización, excepto por alguna de las siguientes causas:*

*a) incendios originados por la electricidad atmosférica;*

*b) daños producidos por terremotos;*

*c) daños derivados de movimientos del terreno en que se estén construyendo las obras;*

*d) destrozos ocasionados violentamente a mano armada en tiempo de guerra o por sediciones populares o robos tumultuosos; y*

*e) aumentos que excedan del 10 por 100 del precio de los materiales o jornales que de hecho viniere satisfaciendo el contratista, cuando fueren establecidos por precepto obligatorio y no existiere demora imputable a aquél en relación con los plazos señalados por el Pliego de condiciones”.*

(1) Derogado

Asimismo, rigen en la institución concesional el principio de remuneración suficiente (artículo 129.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), debiéndose incorporar en el Pliego de Condiciones económicas las previsiones suficientes para que desde el inicio de la concesión el concesionario perciba las cantidades precisas para que éste consiga los objetivos que establece el artículo 129 antes citado, esto es, amortizar durante el plazo de la concesión el costo del establecimiento del servicio, cubrir los gastos de explotación y **lograr un margen normal de beneficio**.

Hay quien afirma que el principio que rige la concesión en su aspecto económico es el del «*equilibrio financiero de la concesión*» y no el tradicionalmente predicado de «*riesgo y ventura*». Así, incluso la STS de 14 de febrero de 1986 señaló que mientras los contratos de obras responden al principio de riesgo y ventura, tal principio no es

aplicable a la esfera de la concesión ya que para éstas el principio aplicable es el del «*equilibrio financiero*». Incidimos en este momento en lo dicho con anterioridad respecto a la derogación del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y la aplicación a todos los tipos de contratos del principio de riesgo y ventura (artículo 98 del TRLCAP): “*La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 144.*”

El problema estribaría en delimitar con claridad el alcance de este principio, pero en cualquier caso ha de quedar constancia a tenor de la Jurisprudencia que este equilibrio está concebido como una técnica que tiene por fin último asegurar el **mantenimiento del Servicio Público en circunstancias anormales** (STS de 14 de marzo de 1985) e igualmente **conseguir el mantenimiento del principio de continuidad en la prestación del servicio** (STS de 13 de marzo de 1981).

El principio de equilibrio económico que inspira la concesión en su desarrollo se logra a través de diversas técnicas que son la adecuada respuesta a las posibles modificaciones y circunstancias concurrentes durante la vida de la concesión. Estas circunstancias son:

1ª El llamado derecho de la Administración a modificar el contrato (**«ius variandi»**), cuya respuesta es la compensación económica para restablecer la ecuación o equilibrio roto por una decisión puntual de la Administración (ejemplo: ordenar la ampliación del servicio).

2ª La disposición del carácter general (**«factum principis»**) que incide en la economía del contrato. Su respuesta ha de ser la revisión de tarifas o el aumento de la subvención concedida.

3ª La llamada **«teoría de la imprevisión»** o de **«circunstancias imprevisibles»** a la que se refiere el artículo 127.2.2 b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, al afirmar que cuando sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinan la ruptura de la economía de la concesión...

Son pues causas ajenas, externas e imprevisibles que exceden del riesgo normal de todo contrato.

Pero ha de reconocerse que uno de los problemas que más dificultades plantea es el de determinar qué es imprevisible, a efectos del equilibrio económico de la concesión. Por ello **deben razonar los concesionarios en su petición, y justificar los motivos y circunstancias que concurren en el caso y que pondrían en peligro la continuidad del servicio**, lo que en definitiva ha alterado el principio del «equilibrio financiero» y la economía de la prestación y gestión del servicio.

Finalmente, no debe olvidarse que así como el interés público en juego, que no es otro que la continuidad de la prestación del servicio, exige que la Administración participe en la suerte del concesionario frente a estas circunstancias imprevistas, cual recogen el Reglamento de Servicios y la Jurisprudencia (STS de 20 de diciembre de 1986), no debe olvidarse que estamos en presencia de una técnica que sobre la base de mantener la prestación del servicio no ofrece al concesionario una

compensación total, sino que lo que hace es como dice algún autor «*repartir los perjuicios imprevisibles*». No hay una compensación total.

El mantenimiento del equilibrio económico de los contratos de gestión de servicios públicos es quizá la cuestión que más conflictos genera entre Administración y contratistas. Los concesionarios suelen reclamar periódicamente compensaciones económicas, alegando que se ha producido un desequilibrio en su perjuicio en la marcha del servicio. Muy poco frecuente es una reclamación de la Administración al concesionario, al que tienen igual derecho las Entidades locales amparados en la previsión del artículo 127.2.2.b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; derecho sólo expresamente reconocido en la legislación estatal de contratos a partir de la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que dio nueva redacción al artículo 248.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Se trata de una cuestión muy deficientemente regulada en nuestro ordenamiento jurídico a la fecha de adjudicación del contrato e igualmente no precisada de forma suficiente por nuestra jurisprudencia a la vista de la cita normativa; evolucionada sin duda con la propia evolución de las leyes que regulan la contratación pública.

Aunque suele calificarse al equilibrio económico como “*concepto jurídico indeterminado*”, cuando nos encontramos ante un contrato concreto debe haberse reflejado ese equilibrio en términos económicos. En el estudio económico, que preceptivamente ha de haber elaborado la Administración (artículo. 158 del TRLCAP) y en el que han de aportar los licitadores y que será base de la adjudicación, ha de quedar perfectamente definido el punto de equilibrio entre ingresos y gastos, de manera que el adjudicatario, mediante una “*buen y ordenada administración*”, pueda “*amortizar durante el plazo de la concesión el costo del establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial*” (artículo 129.3 del Reglamento de Servicios). El artículo 163.2 del TRLCAP señala expresamente que “*Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato*”. Por lo tanto, al adjudicarse un contrato de gestión de servicios públicos, debe quedar perfectamente establecido el nivel previsto de ingresos y gastos y el margen de beneficio del adjudicatario; y en ese punto se considera equilibrado el contrato, comprometiéndose ambas partes a mantener ese *status quo*. Debería, también, establecerse un margen de fluctuación hacia arriba y hacia abajo, en el que juega el otro principio básico de la contratación administrativa: el “*riesgo y ventura del contratista*” (artículos. 98, 156.a, 220.2, 224.1 y 3, 225, 239, 243.b del TRLCAP). No debe olvidarse que ambos principios juegan simultánea y coordinadamente en los contratos de gestión de servicios públicos, como reitera la jurisprudencia:

*STS de 24 de abril de 1985:*

*“.. el equilibrio financiero es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio del riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario, a modo de seguro gratuito que*

*cubra todos los riesgos de la empresa trasladándolos íntegros a la «res pública», en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales...» [STS de 9 de octubre de 1987 (Ponente: \_\_\_\_\_)]. «... hay que dejar a cargo del concesionario lo que se ha llamado «el alea normal del contrato» es decir, la pérdida o beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantice el concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa, y los traslada a la Administración en su integridad, vendría a establecer un desequilibrio, y, en esta hipótesis, contraria a los intereses públicos y a los principios de justicia eterna...”*

En el mismo sentido, STS de 13 de noviembre de 1986 y STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2004

Para poder apreciar si se ha producido o no ese desequilibrio que reclama el concesionario, deberán analizarse los datos numéricos de la concesión y la causa de que no se estén cumpliendo las previsiones. Primero habrá que comprobar si la previsión de ingresos que no se cumple fue dada por el Ayuntamiento; lo que pudo ser comprobado por los licitadores, ya que la Administración debe siempre exigir a los licitadores una “diligencia de buen empresario” y una actuación de “buena fe”, por lo que, si pudiendo hacerlo, no verificó los datos que hubiese dado el Ayuntamiento, partió él en su estudio económico de otros datos propios, o conociendo que no eran precisos los datos aportados por el Ayuntamiento, no los corrigió. Esta actuación negligente no puede servir de base para una reclamación económica al Ayuntamiento. El desequilibrio en la economía del contrato ha de haberse producido por circunstancias independientes de la buena gestión del empresario y que éste no hubiera podido prever normalmente (SSTS de 22 de octubre de 1981; de 14 de diciembre de 1989; de 8 de octubre de 1991, de 1 de julio de 1992 y de 6 de octubre de 1992).

Simultáneamente habrán de analizarse detalladamente los gastos del servicio: un menor volumen de agua a depurar puede suponer que determinados gastos también sean menores (por ejemplo, el consumo eléctrico); también puede suceder que los gastos en los que la empresa pensaba incurrir tampoco sean exactos en la práctica, pues quizá no haya contratado a todo el personal previsto o lo haya hecho con contratos bonificados fiscalmente o en las cuotas a la Seguridad Social, ser inferior o superior el consumo eléctrico, etc. El equilibrio económico se determina en función de los ingresos y gastos, por ello no debe tenerse en cuenta sólo una merma en los ingresos, sino su correlación con los gastos efectivos en los que incurre el contratista para obtener esos ingresos.

Si finalmente se constatase que la disminución en los ingresos no es imputable al contratista, que no hubo una previsión errónea por su parte en la estimación de los mismos, debe determinarse el quantum del desequilibrio, descontando, en su caso, los menores costes que haya soportado el concesionario. En este caso, nos encontraríamos ante una ruptura del equilibrio económico por un “riesgo imprevisible” (y no por un *factum principis* o *ius variandi*), lo que supone que entra en juego un principio jurisprudencial básico en materia de mantenimiento del equilibrio económico: **el reparto del desequilibrio**. El criterio del reparto de cargas o de los

mayores beneficios no es discutida ni por la doctrina (A. Ballesteros Fernández, E. García De Enterría, T. Ramón Fernández, F. Sosa Wagner, Muñoz Machado...) ni por la jurisprudencia (SSTS de 21 de octubre de 1980; 14 de marzo 1985; de 13 de noviembre de 1986; de 18 de diciembre de 2001 y de 16 de septiembre de 2004, entre otras muchas). Reiteran todas estas sentencias que no procede la reparación integral del concesionario, sino la compensación o reparto entre ambas partes:

*«... la mayor onerosidad sobrevenida [...] ha de ser compartida por la Administración contratante, asumiendo, parcialmente, con el concesionario el riesgo y ventura de la explotación (es decir, las consecuencias que puedan derivar de los eventos, inicialmente excluidos de la concesión en cuanto ajenos a la construcción de la ecuación inherente a la misma), mediante un reparto equitativo de los perjuicios o una indemnización total o parcial de los detrimentos, con el fin de, siguiendo el principio de «rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato», mantener el equilibrio financiero de este último y evitar el colapso total que por impotencia económica progresiva del contratista, sufriría el servicio público y el interés público a él anejo...» (STS de 13 de noviembre de 1986).*

El problema con el que nos encontramos para articular este reparto del desequilibrio, es que ni el derecho positivo ni la jurisprudencia concretan en qué porcentaje debe hacerse, por lo que debe ser en los pliegos donde debiera preverse esta situación. Si no ha sido así, no quedaría más remedio que negociar con la empresa, teniendo como límite que los datos económicos han de garantizar que el servicio siga siendo rentable, pero que la empresa deberá conformarse con un menor beneficio.

Pero sobre todo, y no nos corresponde a nosotros su estudio al carecer de conocimiento técnicos para ello, lo determinante en el caso concreto del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ es analizar si el concesionario a la hora de realizar su estudio económico no incurrió en inexactitud o en falta de previsión, ya que, por ejemplo, considerar que las tarifas eléctricas no subirían o subirían en un porcentaje inferior a la media de los últimos años, se convierte en una “torpeza” de aquel, la cual no entra dentro de la cobertura de las causas justificativas del mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

En la cláusula cuarta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigieron y rigen se establece lo siguiente:

**“CUARTA.- TIPO DE LICITACIÓN:**

*El tipo de licitación lo conforman la retribución económica determinada en euros o pesetas por metro cúbico de agua facturada que deba percibir por la prestación del servicio de abastecimiento objeto del presente concurso para cubrir el coste total de la gestión como base mínima de licitación. Se fija en 0,80 euros a la baja.*

*El estudio justificativo de los costes del servicio que deberá presentarse, deberá tener como mínimo el siguiente desglose de gastos con expresión del volumen anual medio a facturar a los abonados del servicio. Este volumen se cifra en 52.473 metros cúbicos:*

**a) Gastos fijos:**

- *Personal*
- *Mantenimiento y conservación.*
- *Gastos administrativos.*
- *Amortización de los medios materiales adquiridos al inicio de la gestión indirecta del servicio en Julio de 1992, por valor de 1.056,38 euros.*
- *Amortización de 9.156,43 euros pendientes de amortizar por el Ayuntamiento y correspondientes a la puesta en marcha del servicio por gestión indirecta en el año 1992.*

**b) Gastos variables:**

*Compra de agua: quedará fijada en 12.020,24 euros / año.*

*Energía eléctrica*

*Reactivos.*

*Gastos generales*

*Beneficio industrial.*

*Con la cantidad ofertada por metro cúbico de agua en base al estudio económico que cada licitador presente deberá quedar cubierto el coste del Servicio, y por lo tanto existir un equilibrio económico en la concesión.”*

Entendemos que en base a la configuración de estos datos realizó la empresa concesionaria su estudio económico y que el mismo serviría de base para realizar su oferta. No se nos indica por parte del Ayuntamiento si a lo largo de la vida del contrato se ha producido una modificación contractual y si ésta ha originado un sobrecoste para el concesionario que le produjera desequilibrio.

Ahora bien, con fecha 30 de enero de 2013, es decir, con posterioridad a la finalización del plazo contractual (18 septiembre de 2012) se prorroga el contrato por QUINCE AÑOS como consecuencia de la asunción por el concesionario del coste de inversiones para ampliación y mejora del servicio por importe de 22.124,55 euros.

*“La Memoria valorada presentada por \_\_\_\_\_, empresa concesionaria del servicio municipal de suministro de agua, a instancias de esta Presidencia, por importe de 22.124,55 €, relativa a las inversiones que precisan ser acometidas en las infraestructuras del citado servicio de forma inmediata, dado el estado de deterioro en que se encuentran.”*

*“Acuerdan:*

*SEGUNDO.- Prorrogar, para el mantenimiento del equilibrio económico del servicio, el contrato de concesión del servicio de abastecimiento de agua con \_\_\_\_\_ por un*

*periodo de 15 años contados a partir de la fecha del presente acuerdo al objeto de garantizar el equilibrio financiero del servicio para la amortización de la inversión acordada.*

*TERCERO.- Establecer como obligación del contratista un canon por importe de 30.000,00 • pagadero de forma anticipada por la prestación del servicio durante el periodo de prórroga.*

*CUARTO.- Acordar revisar las tarifas contenidas en la Ordenanza reguladora de las Tasas correspondientes con arreglo a la variación anual experimentada por el I.P.C. publicada por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que en el futuro le pueda sustituir, durante el periodo de vigencia de la concesión.”*

Al margen de la legalidad de esta prórroga por un tiempo superior al inicial, y que a continuación abordaremos lo cierto es que precisamente el objetivo de dicha prórroga era “*para mantener el equilibrio económico del servicio*”; por tanto, respecto a a otras causas que pudieran dar derecho al mantenimiento del equilibrio que de nuevo solicita el concesionario, nos remitimos a todo lo dicho con anterioridad sobre esta cuestión.

**3. NULIDAD DE LA PRÓRROGA. NULIDAD DEL CONTRATO.-**El artículo 67 del TRLCAP establece “*1. A los contratos cuya adjudicación se rige por la presente Ley precederá la tramitación del expediente de contratación que se iniciará por el órgano de contratación justificando la necesidad de la misma. Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas particulares que hayan de regir el contrato, con precisión del plazo de duración del contrato y, cuando estuviere prevista, de su posible prórroga y alcance de la misma que, en todo caso, habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes.*”

Asimismo, el artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por RD 1098/2001, exige que en los pliegos se determine, entre otras, “*Plazo de ejecución o de duración del contrato, con determinación, en su caso, de las prórrogas de duración que serán acordadas de forma expresa.*”.

En cumplimiento de los anteriores preceptos, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rigió en la contratación del servicio de referencia, en su cláusula Segunda se determina lo siguiente:

*“La concesión tendrá una duración de 10 años contados a partir de la fecha en que el licitador seleccionado reciba la notificación de la adjudicación del contrato.*

*Se considera siempre implícita en la concesión la facultad de resolverla antes de su vencimiento si lo justifican las circunstancias sobrevenidas de interés público.*

*El contrato podrá extinguirse por alguna de las causas enunciadas en el art. 168 de la LCAP.”*

Por tanto, el contrato debió quedar extinguido en septiembre de 2012. Sin embargo, y como hemos visto, con fecha 30 de enero de 2013, es decir, cuatro meses



después de haber finalizado del plazo contractual, se prorroga el contrato por QUINCE AÑOS como consecuencia de la asunción por el concesionario del coste de inversiones para ampliación y mejora del servicio por importe de 22.124,55 euros.

Es cierto que el artículo 163.2 del TRLCAP, al regular las modificaciones del contrato estable que *“Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato”*. Precepto que podría hacernos pensar en la posibilidad de, ante esta asunción por el contratista de esa obra de mejora, considerarla como una modificación contractual y “compensar” al concesionario no mediante un aumento de tarifas sino a través de una ampliación de la duración del contrato. Así lo posibilita la vigente Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP) en su artículo 290.5: *“en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado anterior, podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.”*

Ahora bien, hay que tener en cuenta lo siguiente:

- que, como se ha indicado al principio, la norma de aplicación a este contrato es el TRLCAP y no la hoy vigente LCSP.

- que ese apartado “b)” al que se refiere el mencionado artículo 290 no es en los casos de modificación de contratos sino “Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.”

- por último, esa ampliación de plazo para corregir el desequilibrio tiene como tope el 15% de la duración inicial, mientras que en nuestro caso incluso se ha superado en cinco años la duración inicial.

Por consiguiente, no existe cobertura legal alguna para, a través de una modificación contractual realizada una vez extinguido el contrato podamos corregir el desequilibrio que comporta tal modificación mediante una prórroga de quince años de un contrato cuya duración inicial era de diez años y, además, no existiendo previsión de prórrogas en el pliego de cláusulas.

A mayor abundamiento, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 38/98, de 16 de diciembre de 1998 sostuvo la improcedencia de prorrogar o aumentar la duración inicial de un contrato como medio para corregir el desequilibrio económico de un contrato de gestión de servicios:

*“La primera cuestión que se suscita es la de la posibilidad de ampliar el plazo de la concesión en la gestión de un servicio público, cuestión que debe recibir una contestación afirmativa, como la propugnada en el informe de esta Junta de 17 de julio de 1997 (Expediente 18/97) siempre que la posible prórroga y su duración estén expresamente previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pues, caso contrario, podrá producirse el*

efecto perjudicial y discriminatorio para otros licitadores, que se apunta en el escrito de consulta, que podían haber modificado sus proposiciones de conocer la circunstancia de la posibilidad de prórroga, desconociéndola precisamente por omisión de esta referencia en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Dado que se ignora la fecha de adjudicación del contrato la fundamentación de la solución propugnada ha de realizarse en base a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a la Ley de Contratos del Estado, lo que, no obstante, no suscitará especiales dificultades al reproducir la primera casi literalmente, en este extremo, preceptos de la segunda.

El artículo 158 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala que el contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, «fijándose necesariamente su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto», sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de setenta y cinco años, redacción que, salvo en la duración máxima del contrato que se fija en noventa y nueve años, es prácticamente idéntica a la del artículo 64 de la Ley de Contratos del Estado. Por otra parte el artículo 164, apartados 1 y 2, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, reproduciendo casi en términos literales el contenido del artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado, viene a establecer que **la Administración podrá modificar, por razón de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios añadiendo que cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.**

A la vista de los preceptos reseñados y reiterando el criterio del informe de 17 de julio de 1997 **procede concluir que la prórroga o ampliación del plazo de la concesión de servicio público, sólo es posible si está prevista, así como su duración, en el pliego de cláusulas administrativas particulares y deberá concederse en los términos previstos en dichos pliegos, tanto si, por la fecha del contrato, resulta aplicable la Ley de Contratos del Estado, como si lo es la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.**”

En base a todo lo anterior podemos concluir que esa “prórroga” del contrato, y el mismo contrato están tildados de nulidad.

En efecto, el artículo 62 del TRLCAP determina que entre las causas de nulidad de Derecho Administrativo de los contratos están “a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

**4. REVISIÓN DE OFICIO.**-la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en su letra b) dispone que “b) Los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán por las normas establecidas en ésta.” Por tanto, para la revisión de oficio se aplicará lo dispuesto en la vigente LPAC, que en su artículo 106 establece lo siguiente:

“Artículo 106. Revisión de disposiciones y actos nulos.

1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, **declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.**

2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2.

3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

4. Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

5. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo.”

Encontrándonos ante una prorrogación nula, y por tanto del contrato que de ella dimanaba, la actuación del Ayuntamiento debe dirigirse obligatoriamente a su anulación en los términos que arriba hemos expuesto. Y esto es así porque, como hemos visto, el mencionado artículo 106.1 de la LPAC cuando regula la revisión de oficio de los actos nulos emplea la expresión “**declararán de oficio la nulidad**”, y no la de la anterior Ley 30/1992 en su redacción anterior a la Ley 4/1999, “podrán declarar”. Se deduce que la modificación operada en este precepto por la Ley 4/1999 introdujo el carácter reglado de la revisión de oficio. Esta modificación respondía a lo que la doctrina y la Jurisprudencia habían interpretado ya acertadamente: “*si la Administración considera que un acto es nulo de Pleno derecho por estar incurrido en alguno de los supuestos del artículo 62, no tiene alternativa, debe declarar la nulidad. Carece de discrecional para valorar la oportunidad de decidir o no su anulación.*”

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.**-Dado que el contrato fue adjudicado en 2002, la normativa de aplicación al mismo en cuanto a sus efectos y extinción es el Texto Refundido de la

Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD legislativo 2/2000 (TRLCAP).

**SEGUNDA.**-El principio de riesgo y ventura sólo cede ante el equilibrio económico del contrato bien por el llamado *ius variandi*, bien por el *factum principis* o por las llamadas circunstancias imprevisibles. De los datos aportados por el Ayuntamiento no se aprecia ninguna de estas tres circunstancias y, por tanto, no basta con que el concesionario, mediante un escrito en el que se contienen simples datos numéricos, diga que los gastos son superiores a los ingresos y es por lo que solicita el equilibrio económico del contrato. Sería necesario, en todo caso, que acredite documentalmente que esa teórica pérdida se debe a alguna de las tres causas o circunstancias mencionadas.

**TERCERA.**-La prórroga acordada por quince años adolece de vicio de nulidad tanto porque el TRLCAP no contempla la posibilidad de prorrogar el contrato para ajustar el desequilibrio económico del contrato, y menos por una duración superior en cinco años a la inicial, como por haberse acordado con posterioridad a la extinción el contrato por finalización del plazo contractual.

**CUARTA.**-La actuación del Ayuntamiento debe ir dirigida obligatoriamente a la declaración de nulidad de la prórroga en su día acordada y, por ende, del contrato.

Éste es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para con lo solicitado por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

**CONVIVENCIA  
CIUDADANA**



## CONVIVENCIA CIUDADANA

---

### DENUNCIA ENTRE VECINOS POR MOLESTIAS PROCEDENTES DE HUMOS DE CHIMENEAS

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

#### HECHOS. ANTECEDENTES

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre el asunto epigrafiado, acompañado copia de la documentación obrante en el Ayuntamiento sobre el particular.

#### FONDO DEL ASUNTO

**PRIMERO.-** En el Derecho romano la propiedad era entendida como un dominio absoluto e ilimitado, frente al que surgió como excepción el derecho de vecindad, cuya idea central estaba constituida por el concepto de *inmittere in alienum*, al referirse a toda injerencia dentro de los límites dominicales ajenos, que se reputaba ilícita cuando invadía la esfera jurídica del vecino . Posteriormente, en la Edad media, la doctrina jurídica proscribió los “actos de emulación”, que son aquellos realizados por el propietario sin que le reporten utilidad alguna, pero con el ánimo de perjudicar al vecino . Esta doctrina fue construida para paliar el rigor, a ultranza, del principio “neminem laedit qui suo iure utitur”, creando así un medio para reparar aquellos daños que tenían apariencia formal de un ejercicio legítimo de los derechos. Esta línea de atribución de la responsabilidad, por conductas ilícitas, a causa de inmisiones abusivas, fue evolucionando hasta la consagración en nuestro Código Civil de normas que, a pesar de contar con más de un siglo de vigencia, siguen siendo de plena aplicación, y así, aparte de la responsabilidad por actos propios ( art. 1902) o por hechos ajenos (1903), se prohibió en el artículo 7.2 el abuso del derecho o el uso antisocial del mismo, lo cual, para nuestro caso, es una formulación genérica de la contenida en el art. 1908.2 que dispone la responsabilidad de los propietarios de los daños por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades, o en el 590 que prohíbe construir cerca de una pared ajena o medianera, entre otros, chimeneas sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban.

**SEGUNDO.-** Indudablemente este asunto es significativo de cuestión estrictamente civil por tener específica regulación en el artículo 590 del Código Civil,

entre otros, por cuanto entra dentro de las relaciones de buena vecindad, por lo que antes que nada habría que plantearse si existen quejas del vecino colindante, como parece. Siendo esto así, es preciso indicar que el artículo 590 del Código Civil prescribe que *«Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban.*

*A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos».*

Igualmente el artículo 1908 2.º Código Civil afirma que *«responderán los propietarios de los daños causados por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades»*, habilitando el artículo 1909 Código Civil al tercero dañado a dirigir las pertinentes acciones Judiciales contra el constructor dentro del tiempo Legal.

Al respecto, nuestro Código Civil, a diferencia de la mayoría de los Códigos Europeos (portugués, italiano, suizo, alemán etc.) y de algunas normas forales (Ley 367 de la Compilación de Navarra o Ley 13/1990 de 9 de julio para Cataluña) no contiene, fuera del insuficiente tenor de los artículos citados, normas generales definitivas ni de límites que se impongan al ejercicio de los derechos de vecindad, como tampoco de las consecuencias civiles para el caso de contravención. A pesar de ello, esta laguna no ha impedido a la Doctrina Legal y científica la permanente declaración y prohibición de los llamados actos perjudiciales o nocivos, entendiendo por tales, toda injerencia en la esfera Jurídica ajena mediante la propagación de sustancias nocivas o perturbadoras que consecuencia de actividades que tienen lugar en fundo propio repercuten negativamente en el ajeno de forma que lesionan en grado no tolerable por el hombre normal el disfrute de sus derechos personales y patrimoniales.

En este sentido el Ayuntamiento podría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1º del **Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955**, el cual le faculta para intervenir en la actividad de los ciudadanos cuando existiere perturbación o peligro de perturbación de la tranquilidad y salubridad ciudadana con el fin de restablecerlas o conservarlas elaborando para ello, entre otras medidas, las ordenanzas adecuadas, para a través de las mismas obligar a que este tipo de chimeneas eleven los humos por encima de las propiedades vecinas con la finalidad de no causar daños, o como ocurre en el presente caso, informe del técnico municipal sobre el particular.

Como afirma la **Sentencia número 41/2006 de la Audiencia Provincial de Granada, de fecha 27 de enero de 2006**, *«la vecindad, en su más amplio sentido, impone límite al uso o goce de los bienes y de las facultades del dominio con objeto de armonizar su correcto disfrute sin impedimento para los demás de las mismas facultades ni llegar a imponerles más incomodidades y molestias que las tolerables en el ámbito de una equilibrada y pacífica*



*convivencia social, en la que las conocidas como normas o relaciones de vecindad, no son sino las Leyes y usos que definen esos límites, corrigen situaciones de abuso e impiden la persistencia del daño ilícitamente inferido, bien indemnizado, bien previniendo y evitando continuas colisiones mediante la adecuada reglamentación que no suponen sino limitaciones al derecho de propiedad, erradicado ya de su carácter absoluto e individualista para dar paso a una concepción social de continuo predicamento en nuestro Ordenamiento Jurídico y en las resoluciones de los Tribunales».*

En la terminología tradicional del **Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955**, que se mantiene, las licencias se entienden otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero. Eso es Plenamente coherente con los efectos Jurídicos generales de la actividad de intervención, que se producen exclusivamente entre la Entidad Local y la persona sujeta a la actividad, sin que de dichos actos se derive ninguna alteración de las situaciones Jurídicas particulares entre aquella y las otras personas.

## CONCLUSIÓN

1º. Según queda acreditado en los antecedentes remitidos por el Ayuntamiento, la Técnico municipal ha informado de manera reiterada, informes de 28/12/2018, 03/02/2019 y de 02/03/2019, que la chimenea en cuestión incumple lo establecido en el artículo V. 91, Evacuación de humos y gases, de las Normas Subsidiarias de \_\_\_\_\_ (DOE n.º \_\_, de \_\_/\_\_/2000).

En relación con ello, se considera que resulta procedente que el Ayuntamiento dicte la correspondiente orden de ejecución, conforme a lo establecido en el artículo 84.1.e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y 191 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura (norma vigente en el momento de presentación de la denuncia del vecino perjudicado, \_\_ de diciembre de 2018).

2º. No obstante lo anterior, se advierte que los efectos de la relación Jurídica que une al particular con la Administración Municipal no cesan con el simple acto del otorgamiento de la licencia de obras otorgada en su día, sino que esta sigue ostentando una serie de facultades de control, de inspección o de vigilancia sobre los bienes afectados por aquella, tanto más singularmente cuando se trate de actividades que afecten al interés general. Sin embargo, esta circunstancia se daría en aquellas actividades molestas sometidas algún tipo de control ambiental, donde estarían justificadas las funciones de verificación de la Legalidad de la actuación del particular.

Sin embargo, someter a control ambiental la construcción de una chimenea, supondría someter a este tipo de controles la instalación de todos los aparatos de aire acondicionado que se instalasen en los domicilios particulares, por ejemplo, lo cual nos parece un despropósito.

No obstante, al no existir ordenanza que controle este tipo de actividades ni se recoja en ningún instrumento de ordenación urbanística, insistimos, los problemas que tengan el vecino deberá resolverlos en sede Judicial.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

**HACIENDA**



## PRESCRIPCIÓN DE DEUDAS POR EJECUCIÓN DE OBRAS

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ esta Oficialía emite el presente INFORME

### HECHOS. ANTECEDENTES

Talleres \_\_\_\_\_, con fecha \_\_ de \_\_ de 2012 presenta escrito ante el Ayuntamiento reclamando el pago de una deuda de 172.517,55 euros, sin que se especifique el concepto concreto de la misma; simplemente se indica *trabajos efectuados por encargo de ese ente público*.

Con fecha \_\_ de \_\_\_\_ de 2018, esta empresa presenta nuevo escrito pormenorizando una serie de deudas por distintas obras efectuadas:

- Adjudicación de contrato menor por importe de 10.295,45 euros (IVA incluido), suscribiéndose contrato con fecha \_\_/\_\_/2008 y emitiéndose factura con fecha \_\_/\_\_/2008. De esta factura se realiza entrega a cuenta por importe de 6.233,12 euros; restando una deuda de **4.062,34** euros

- Cerramiento de plaza de toros por importe de **15.157,75** euros y albarán de fecha 26 de junio de 2009.

- Obras de mejora en la plaza de toros por importe de **45.005,28** euros (más IVA), emitiéndose albarán con fecha 28 de septiembre de 2009.

- Otras obras sin especificar:

- 208 euros (más IVA), albarán 2322 de fecha 31/07/2008.

- 3.890,35 euros (más IVA), albarán 2460 de fecha 10/08/2009.

- 2.349,35 euros (más IVA), albarán 2468 de fecha 11/08/2009.

- 3.295, 83 euros (más IVA), albarán 2546 de fecha 17/01/2010.

- 6.028,70 euros (más IVA), albarán 2623 de 23/08/2010.

- 4.257,92 euros (más IVA), albarán 2670 de 30/06/2011.

- 49,50 euros (más IVA), albarán 2912 de 15/01/2012.

TOTAL Obras sin especificar: **20.079,48** euros (más IVA)

- Derecho de enganche con Iberdrola para las obras de la plaza de toros a nombre del reclamante, por importe de **764,84** euros (IVA incluido).

No nos consta que el Ayuntamiento haya reconocido o liquidado estas deudas.

No nos constan más escritos por parte del reclamante en el que se intime el pago de estas u otras deudas.

## **LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Ley 47/2003, de 26 de noviembre , General Presupuestaria (LGP).

- Código Civil.

## **FONDO DEL ASUNTO**

La figura de la prescripción de deudas es el mecanismo en virtud del cual se produce, de modo anormal, la extinción de los créditos existentes contra, en este caso, la entidad local por el mero transcurso del tiempo sin que el acreedor haya ejercitado su derecho al cobro.

El artículo 25 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre , General Presupuestaria (LGP), establece lo siguiente sobre la prescripción de las obligaciones:

*“1. Salvo lo establecido por leyes especiales, **prescribirán a los cuatro años:***

*a) **El derecho al reconocimiento o liquidación por la Hacienda Pública estatal de toda obligación que no se hubiese solicitado con la presentación de los documentos justificativos. El plazo se contará desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación o desde el día en que el derecho pudo ejercitarse.***

*b) **El derecho a exigir el pago de las obligaciones ya reconocidas o liquidadas, si no fuese reclamado por los acreedores legítimos o sus derechohabientes. El plazo se contará desde la fecha de notificación, del reconocimiento o liquidación de la respectiva obligación.***

*2. Con la expresada salvedad en favor de leyes especiales, **la prescripción se interrumpirá conforme a las disposiciones del Código Civil.***

*3. Las obligaciones a cargo de la Hacienda Pública estatal que hayan prescrito, serán baja en las respectivas cuentas, previa tramitación del oportuno expediente.”*

Como vemos, el citado artículo 25 de la LGP, en concordancia con lo determinado en los artículos 1930 a 1975 del Código Civil, regula los efectos de la prescripción en el ámbito de las obligaciones de la Hacienda Pública, en este caso local, estableciendo el alcance de la misma como medio de enervar el ejercicio de derechos o acciones por parte de los terceros frente a la Hacienda Pública.

Así, el Código Civil (CC), en su artículo 1930, dispone: *“Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales. También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean.”*

La fundamentación jurídica de la prescripción no es otra que el llamado principio de seguridad jurídica, que exige que el tráfico jurídico responda a unas constantes de fiabilidad y certidumbre, difícilmente alcanzables si determinadas relaciones jurídicas se encuentran en estado de pendencia durante un período de tiempo dilatado.

Por tanto, la prescripción extintiva o liberatoria de las obligaciones de la Hacienda Pública se configura como un instrumento en virtud del cual el transcurso de cuatro años determina la posibilidad de que la Hacienda Pública se oponga al ejercicio de acciones extemporáneas, tanto si dichas acciones pretenden el reconocimiento o cuantificación por la Hacienda de una determinada obligación, como si tratan de exigir el pago de obligaciones ya reconocidas o liquidadas.

Por su parte, el efecto de la prescripción es la facultad que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración para oponerse a una reclamación extemporánea realizada por quien pretende, en este caso, el pago de una obligación vencida. Al mismo tiempo el acreedor se ve privado de la facultad de compeler a la Administración Pública al cumplimiento de la obligación, o a su reconocimiento o cuantificación.

Para determinar el momento inicial de la prescripción se requiere que la acción haya nacido y que pueda ser ejercitada. La regla general es que el tiempo de prescripción de las acciones se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, de acuerdo con el artículo 1969 del CC.

Por tanto, el requisito para que triunfe la prescripción, es la pasividad del acreedor durante cuatro años consecutivos, y lo importante para que no se gane esta prescripción, es que se interrumpa el cómputo del plazo de los cuatro años por algún motivo, reanudándose este cómputo si una vez interrumpido, y no cumplida la obligación por la Administración, vuelve a existir esta pasividad del acreedor durante otros cuatro años.

El artículo 1973 del CC determina los modos de prescripción, disponiendo lo siguiente:

*“La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.”*

De las tres posibles causas de interrupción de la prescripción que el artículo señala:

**PRIMERA:** Por su ejercicio ante los Tribunales, no merece mayor explicación, basta que la deuda se haya reclamado ante los Tribunales antes de que transcurra el plazo de prescripción.

**SEGUNDA:** Por reclamación extrajudicial del acreedor, implica que se haya reclamado la deuda por cualquier otra vía que no sea la judicial. Esta reclamación puede ser verbal o puede ser escrita. En el supuesto de que sea verbal tiene un problema de prueba, no obstante se puede acreditar por cualquier medio de prueba que permita tener constancia de que la reclamación se realizó dentro del plazo de interrupción de la prescripción, a pesar de que no haya constancia documental. Así la Sentencia de 16 de noviembre de 1998 señala: *“La interrupción de la prescripción extintiva por la vía de la reclamación extrajudicial, supone una singularidad en nuestro derecho en relación al derecho comparado. Es más, nuestro Código Civil, en el mencionado art. 1973, no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción, por lo que cualquiera de ellos, puede servir para tal fin; es por lo que siguiendo una importante corriente doctrinal, se puede afirmar que esta cuestión puede plantear un problema de prueba -de la existencia de la reclamación y de su fecha- pero no un problema de forma”*. A este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986, entiende que, siendo la prescripción una institución obligada por el principio de seguridad jurídica que si prospera prevalece sobre la justicia intrínseca, ha de extremarse la cautela al examinar su aplicabilidad y así manifiesta que *“...en el caso que nos ocupa, a través de la prueba documental y testifical practicadas, ha quedado razonablemente acreditado que al menos hasta el año 1979 en que cesó en su cargo de Alcalde de.... el testigo.... (que lo desempeñaba desde el año 1963), o en que obtuvo excedencia voluntaria el funcionario municipal, hoy testigo, ..., el recurrente estuvo reclamando, cada dos o tres meses, el pago de las facturas adeudadas, con lo que ha de concluirse que la prescripción se interrumpió y en ningún momento han transcurrido cinco años de pasividad por parte del acreedor...”*. En este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2012 señala: *“(b) Para que opere la interrupción de la prescripción, es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, que debe trascender del propio titular del derecho, de forma que se identifique claramente el derecho que se pretende conservar, la persona frente a la que se pretende hacerlo valer y que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor; ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto que provoca la interrupción exige no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización (SSTS 13 de octubre de 1994, RC n.º 2177/1991, 27 de septiembre de 2005, RC n.º 433/1999, 12 de noviembre de 2007, RC n.º 2059/2000, 6 de mayo de 2010, RC n.º 1020 / 2005), y su acreditación es carga de quien lo alega.”* De acuerdo con lo expuesto se habrá producido la interrupción de la de la prescripción del derecho a liquidar o a exigir el pago si el deudor reclamante prueba por cualquier medio admitido en derecho (declaración testifical, documental, etc) que reclamó al Ayuntamiento el pago de la deuda dentro del plazo de prescripción (de cuatro años).

**TERCERA:** acto de reconocimiento de la deuda por el deudor, tampoco requiere mayor estudio este supuesto de interrupción de la prescripción. Si antes de que trascurra el plazo de prescripción (cuatro , computados desde el día en que se realizó la prestación o desde la fecha que se notificó la liquidación de la deuda según sea el caso) el deudor reconoce la deuda, se interrumpe del plazo de prescripción.



Ya vimos en los antecedentes que el deudor reclama en primer término, y con fecha \_\_ de \_\_\_\_ de 2012 la cantidad de 172.517,55 euros, sin que en dicha reclamación se especifique el concepto concreto de la deuda, salvo la indicación de genérica de “trabajos efectuados por encargo de ese ente público”. Seis años después de esta primera reclamación, intima el pago de unos 85.000 euros en concepto de ejecución de diversas obras realizadas entre junio de 2008 y enero de 2012; sin que nos conste, o al menos el Ayuntamiento no nos lo ha facilitado, documento alguno en el que intime el pago de estas cantidades y que, por tanto, pudiera considerarse que interrumpieran el plazo de prescripción.

Por consiguiente, y como conclusión, consideramos que será de aplicación a los hechos referidos en la petición de informe el artículo 25 de la LGP, al haber transcurrido más de cuatro años desde la fecha en la que pudo intimarse el reconocimiento o el pago de la deuda, y por tanto, dicha deuda está prescrita; salvo que el deudor pueda acreditar en los términos establecidos en el artículo 1973 del CC que se ha producido la interrupción de la prescripción.

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 \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



# **IMPUESTOS**



## **IMPUESTOS**

---

### **LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO DE BIENES INMUEBLES A UN VECINO DE SU LOCALIDAD**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, esta Oficialía emite el presente INFORME

#### **LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo.
- Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2004, de 5 de marzo.

#### **ANTECEDENTES**

- Liquidación del Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.
- Informes técnicos emitidos por la arquitecta municipal.
- Escrito de un vecino reclamando contra la liquidación del IVTNU.

#### **FUNDAMENTOS DE HECHO**

Se solicita al Área de Cooperación Municipal de la Diputación de Badajoz informe sobre la procedencia o no de las liquidaciones practicadas por el IVTNU al amparo de los escritos presentados por sendos vecinos de la localidad donde ponen de manifiesto que se están valorando terrenos como urbanos cuando el planeamiento y un informe técnico los define como urbanos pero sin desarrollo urbanístico ni de planeamiento por lo que se deduce de la explicación aportada por el Ayuntamiento que se trata de un suelo Urbanizable pendiente de desarrollo urbanístico posterior a través de la aprobación de los instrumentos de planeamiento necesarios para ejecutar el desarrollo.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** Nos encontramos ante un supuesto en el que hay que diferenciar la gestión catastral de la gestión tributaria del impuesto, ya que por un lado tenemos la gestión tributaria del mismo, que corresponde al Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ que es

a quien corresponde emitir los Recibos por la liquidación de los impuestos de su competencia y por otro lado la gestión catastral que corresponde a la Gerencia del Catastro de la provincia de Badajoz, que es el organismo competente para la determinación del valor catastral del mismo y por tanto el responsable de la determinación del hecho imponible del impuesto de Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante IVTNU).

Para la resolución del problema debemos tener en cuenta la jurisprudencia existente hasta el momento, y al respecto, resultan muy relevantes en la materia que nos ocupa las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2014 y la 196/2019 de 19 de Febrero de 2019, así como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 26 de marzo de 2013.

**SEGUNDO:** Comoquiera que el suelo al que se refiere el presente aparece como un suelo clasificado por las Normas Subsidiarias como URBANO, pero según resulta del informe de la Arquitecta Técnica municipal, de fecha\_\_\_\_, este suelo se encuentra pendiente de desarrollo urbanístico, habría de entenderse que mientras el mismo, no se desarrolle urbanísticamente mediante la aprobación de los instrumentos de planeamiento y ejecución urbanística que permitan su transformación a urbanos, no procedería su inclusión en el supuesto previsto en el artículo 7.2.B de la Ley del catastro Inmobiliario que dispone que:

*“Se entiende por suelo de naturaleza urbana:*

• *Los terrenos que tengan la consideración de urbanizables o aquellos para los que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística aprobados prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, siempre que se incluyan en sectores o ámbitos espaciales delimitados y se hayan establecido para ellos las determinaciones de ordenación detallada o pormenorizada, de acuerdo con la legislación urbanística aplicable.”*

**TERCERO:** Al hilo del fundamento de derecho anterior y trayendo a colación la Sentencia del Tribunal Supremo 196/2019 de 19 de Febrero, antes mencionada, donde se analiza y se cuestiona la liquidación de un impuesto con la premisa de que un suelo es urbano cuando en realidad tiene la naturaleza de suelo rústico, y en concreto en su fundamento jurídico cuarto sostiene que:

*«...inmueble sobre que se ha girado la liquidación por IBI, está clasificado como suelo urbano no consolidado, ubicado en el Área de Renovación ARN-5.3 (Área de Planeamiento a desarrollar mediante Plan Especial APD-pe-5/03), por lo que a todos los efectos no puede ser tenido como urbano.... No son acordes con la naturaleza del inmueble al que afectan y como quiera que el carácter rústico del mismo y la determinación de su valor es competencia del Catastro, procede declarar la nulidad de las liquidaciones practicadas porque las mismas se realizan como si el inmueble fuese de naturaleza urbana, cuando no lo es».*

**CUARTO:** Una vez que se ponen de manifiesto a luz de la documentación aportada para emisión del presente, que el bien sobre el que se liquida el IVTNU es desde el punto de vista urbanístico clasificado como Urbanizable pendiente de desarrollo, es conveniente igualmente recordar que la sentencia del Tribunal

Supremo de 30 de mayo de 2014, viene en sostener «*como quiera que el carácter rústico del mismo y la determinación de su valor es competencia del catastro*», “***dado que las liquidaciones no son acordes con la naturaleza del inmueble, se procede a anularlas por realizarse las mismas como si el inmueble fuese de naturaleza urbana, cuando no lo es.***”

Por su parte, la sentencia dictada el día 26 de Marzo de 2013 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, igualmente referenciada, resolviendo un supuesto de valoración catastral de un inmueble ante el TEAR, interpretó el art. 7.2 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, en su redacción anterior a la reforma por Ley 13/2015 y al efecto, especifica que:

*«... sólo pueden considerarse bienes «urbanos», a efectos catastrales, los inmuebles considerados por el Plan General como urbanizables cuando el desarrollo de su actividad de ejecución no dependa de la previa aprobación del instrumento urbanístico que tiene por finalidad su ordenación detallada. En efecto, si fuera suficiente con la simple inclusión en el perímetro geométrico de sectores de desarrollo en el suelo urbanizable, ex artículo 25 del Reglamento (como propone la resolución impugnada), sería completamente innecesaria la mención a «los demás suelos de este tipo a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo», tal y como previene la normativa catastral, pues todos los inmuebles clasificados de urbanizables serían «urbanos», a efectos catastrales, por la simple consideración de tales en el Plan General, incluso los urbanizables sin condiciones (SUB-SC) que precisan para su ejecución hasta la propia modificación del Plan General, lo que no tiene sentido alguno.»*

Consecuencia de lo que antecede, entiende el que suscribe, que el suelo sobre el que se pretende liquidar no es «urbano» a efectos de valoración catastral ni puede verse afectado por el artículo 7.2 de la Ley del Catastro inmobiliario aprobada por Real Decreto legislativo 1/2004, de 5 de marzo, pues en consonancia con lo informado por la arquitecta técnica municipal en su informe de 16 de octubre de 2018:

*“El Ayuntamiento en tanto no se redacten y aprueben definitivamente los documentos de Planeamiento necesarios según la Ley del Suelo y Ordenación del Territorio de Extremadura y su Reglamento de Planeamiento, y por tanto mientras no se desarrolle la citada unidad, no concederá licencia alguna para la ejecución de las obras de construcción en todo el ámbito definido para cada área propuesta”*

El Legislador cuando redacta el artículo 7.2 del Real Decreto legislativo 1/2004, de 5 de marzo, sólo excluye de tal consideración al urbanizable no sectorizado sin instrumento urbanístico aprobado que establezca las determinaciones para su desarrollo, como es el caso que nos ocupa, según los informes técnicos que ha enviado el Ayuntamiento a la Diputación, donde se pone de relevancia que este suelo necesita para su desarrollo de la aprobación de los instrumentos de planeamientos y ejecución urbanística necesarios para su desarrollo, por lo que este tipo de suelo no pueden ser incluidos en el supuesto previsto en el artículo 7.2 de la Ley del Catastro a efectos de liquidación del impuesto.

**QUINTO:** Respecto a la diferenciación entre la gestión tributaria y catastral a la que hacíamos referencia por su importancia en este asunto en el fundamento jurídico primero, una vez analizados los hechos, llegamos a la conclusión que la liquidación efectuada por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ parte de una premisa errónea, cual es, el calificar un suelo como urbano cuando en realidad este suelo no cumple con los requisitos previstos en el artículo 7.2 de la meritada Ley para ser considerado como tal, por lo que ante la impugnación de la liquidación del impuesto en sendos escritos de fecha 25 de junio de 2018, en cuanto que la base imponible del Impuesto se determina por la incorrección de uno de sus elementos esenciales, la administración en primer lugar tiene obligación de resolver motivadamente ambas reclamaciones (artículo 35 de la Ley 39/2015), pues como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura a la que hemos hecho referencia: *“considera ajustada a derecho que la Administración revoque sus propios actos si entiendo vulnerada la ley”*

**SEXTO:** Por último y a mayor abundamiento, la sentencia del tribunal supremo 196/2019, 19 de Febrero de 2019 viene en considerar *“que una posible impugnación de la liquidación, de suerte que puede resolver la impugnación de las liquidaciones estando aún pendiente de resolver la impugnación del valor catastral - como ocurre en el presente caso-, impiden justificar la restricción que pretende la parte recurrente sobre la imposibilidad de entrar a resolver sobre la conformidad jurídica de, en este supuesto, la base imponible del impuesto, pues con ello se pone en entredicho el propio principio de tutela judicial efectiva, impidiendo que los Tribunales puedan entrar a conocer en plenitud de la pretensión actuada respecto de la improcedencia del impuesto, quedando en manos y a voluntad de la Administración local el girar liquidaciones aún a sabiendas, -en este caso desde la sentencia del Tribunal de Justicia de Extremadura- de la improcedencia del valor catastral, y por ende de la base imponible; con quebranto del principio de capacidad económica, en tanto que el contribuyente tendrá que contribuir por una riqueza inexistente o ficticia”*

Y añade:

*“Sin que, en estas situaciones, en las que concurren circunstancias excepcionales sobrevenidas, como la que nos ocupa, tenga amparo jurídico, el que se pueda seguir girando los recibos por IBI o no anular los ya girados, en su caso, bajo la excusa de la incompetencia del Ayuntamiento para fijar los valores catastrales. Ante un sistema impugnatorio complejo y potencialmente creador de disfunciones, cuando se producen estas situaciones, como las que nos ocupa, u otras parecidas o análogas, frente a una Administración que ha de servir con objetividad los intereses generales ( artículo 103.1 CE ), no es admisible jurídicamente que la misma permanezca inactiva dando lugar a un enriquecimiento injusto prohibido o a obligar a los administrados, ciudadanos de un Estado de Derecho, a transitar por largos y costosos procedimientos para a la postre obtener lo que desde un inicio se sabía que le correspondía o, lo que es peor, esperando que el mero transcurso del tiempo convierta en inatacable situaciones a todas luces jurídicamente injustas; lo cual mal se compadece con un sistema tributario basado en el principio superior de Justicia y el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos conforme a la capacidad económica de cada uno.*



## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El principio de buena administración (arts. 9.3 y 103 CE y 3.1.e) de la Ley 40/2015) impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar posibles disfunciones derivada de su actuación, reclamando a las administraciones publicas la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al administrado y ordena a los responsables de gestionar el sistema impositivo, observar el deber de cuidado y la debida diligencia para su efectividad y de garantizar la protección jurídica que haga inviable el enriquecimiento injusto, por lo que no parece razonable ni acorde con dicho principio, el que la propia administración deduzca del informe técnico, que se trata de un bien calificado como urbanizable pendiente de desarrollo urbanístico cuando se aprueben los correspondientes instrumentos de planeamiento, y que sabiendo que no se puede incluir este tipo de bienes dentro del supuesto previsto en el artículo 7.2 de la Ley del Catastro Inmobiliario, proceda a liquidar el impuesto como si se tratase del supuesto de hecho previsto en mencionado artículo, que interpretó de manera clara la sentencia dictada el día 26 de Marzo de 2013 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

**SEGUNDA.-** Por lo que antecede, el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ no debería liquidar un impuesto a sabiendas de que el hecho imponible parte de una premisa errónea que reconoce el propio Ayuntamiento en el informe técnico aportado , por lo que sería recomendable suspender la ejecutividad de la liquidación e iniciar la revisión de la misma.

Esto es todo lo que tengo el honor de informar salvo mejor criterio fundado en derecho.



# RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA LIQUIDACIÓN TRIBUTARIA Y SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, esta Oficialía emite el presente INFORME

## ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha \_\_/\_\_/2019, tiene entrada en el Registro General de la Diputación – Área de Cooperación Municipal (NRE 2019/\_\_\_\_) escrito del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, mediante el que se solicita informe jurídico sobre “... reclamación presentada por D. \_\_\_\_\_, en relación a la solicitud de pago del Impuesto de sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (Plus-Valía)”

- Junto con la solicitud se remite documentación diversa entre la que conviene reseñar la siguiente:

- Escrito de D. \_\_\_\_\_, presentado con fecha \_\_/\_\_/2019 (nº de anotación \_\_\_\_ ) en el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, mediante el que solicita “Que tenga por presentado el presente escrito, con sus documentos y copias, y previos los trámites legales oportunos, dicte una resolución por la que acuerde devolverme el importe correspondiente al Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, conocido como Plus-Valía Municipal abonado de forma indebida, más con sus intereses de demora, y con cuanto mas proceda en Derecho.”

- Liquidación del impuesto nº 53/19, de 24/07/2019, por importe de 834,24 euros, notificada al sujeto pasivo, D. \_\_\_\_\_

- Escritura Pública de Compraventa de Finca Urbana, situada en C/\_\_\_\_\_, nº. \_\_\_, con una superficie de 317 metros cuadrados, referencia catastral 6936434UJ0 \_\_\_\_\_, otorgada con fecha \_\_/05/2009, de la que es adquirente D. \_\_\_\_\_, en el precio de 57.100 euros.

- Escritura Pública de Compraventa de Finca Urbana, situada en C/\_\_\_\_\_, nº. \_\_\_, con una superficie de 317 metros cuadrados, referencia catastral 693643 \_\_\_\_\_, otorgada con fecha \_\_/07/2019, de la que es vendedor D. \_\_\_\_\_, en el precio de 30.000 euros.

## LEGISLACIÓN APLICABLE.

- Constitución Española de 1978 (CE).

- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).
- Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLRHL).
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).
- Reglamento General de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de Revisión en Vía Administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo (RGLGT).
- Reglamento General de las Actuaciones y los Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria y de Desarrollo de las Normas Comunes de los Procedimientos de Aplicación de los Tributos, aprobado por el Real Decreto 1.065/2007, de 27 de julio (RGAP).

## FONDO DEL ASUNTO.

1º. A la vista del escrito del Ayuntamiento y de los antecedentes que acompaña, se deduce que estamos ante un procedimiento de devolución de ingresos indebidos por importe de 834,24 euros, de la liquidación del impuesto sobre incremento del valor de los terrenos nº \_\_\_/19, de 24/07/2019, por importe de 834,24 euros, abonada por el sujeto pasivo, D. \_\_\_\_\_.

2º. En síntesis, el escrito de solicitud de devolución se basa en que la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo ha declarado “... que los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4, todos ellos del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, son inconstitucionales y nulos, pero únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor.” A tales efectos, aporta como prueba para acreditar que no se ha producido el incremento de valor que determina la sujeción al impuesto, las escrituras públicas de adquisición y venta de la finca objeto de la liquidación. A este respecto y habiendo practicado el Ayuntamiento la pertinente liquidación con aplicación de las reglas de los apartados 1 y 2 del artículo 107 del TRLRHL (no debe olvidarse que la sentencia los declara nulos solo en la medida en que sujeten al tributo situaciones de inexistencia de incrementos de valor del suelo), corresponderá al sujeto pasivo la carga de probar la inexistencia del incremento determinado en la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 105.1 de la LGT (“1. En los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo.”).

Por lo que concierne a la prueba propuesta, el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 9 de julio de 2018 (que el propio solicitante cita), tras reiterar que la carga de la prueba corresponde al sujeto pasivo ha declarado (fundamente de derecho

quinto) que “2.- Para acreditar que no ha existido la plusvalía gravada por el IIVTNU podrá el sujeto pasivo (a) ofrecer cualquier principio de prueba, que al menos indiciariamente permita apreciarla, como es la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión que se refleja en las correspondientes escrituras públicas (cuyo valor probatorio sería equivalente al que atribuimos a la autoliquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales en los fundamentos de derecho 3.4 de nuestras sentencias de 23 de mayo de 2018 y de 5 de junio de 2018 y de 13 de junio de 2018) ...”, de manera que resulta claro que la prueba propuesta es en principio admisible.

No obstante, debe advertirse que revisadas ambas escrituras, se observa que si bien la finca objeto de compraventa en una y otra escritura es la misma, “Finca Urbana, situada en C/ \_\_\_\_\_, n.º. \_\_\_\_\_, con una superficie de 317 metros cuadrados, referencia catastral 6936434 \_\_\_\_\_”, la realidad física del negocio es distinta. Efectivamente, ambas escrituras se refieren a la misma finca, pero en la escritura de \_\_\_/07/2019, mediante la que el reclamante la transmite, a continuación de la descripción se añade el párrafo que se transcribe a continuación: “Siendo a día de hoy la finca descrita un SOLAR, se acredita dicha circunstancia con certificado expedido por el Secretario del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ firmado electrónicamente por éste, y del que deduzco fotocopia con valor de testimonio a esta matriz.” En relación con ello, hay que recordar que el artículo 104.1 sujeta al impuesto “... el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos.” De manera que, según consta en la escritura de adquisición, el reclamante adquiere una casa edificada sobre un solar de 317 metros cuadrados, con una superficie construida de 417 metros cuadrados, satisfaciendo por todo ello el precio de 57.100 euros; sin embargo, en la escritura de transmisión toda la edificación ha desaparecido, razón por la que el importe total de la transmisión, 30.000 euros, se ha hecho efectivo solamente por el terreno, que es precisamente lo que en exclusiva grava el impuesto. Al respecto, debe tenerse presente que el valor del terreno puesto de manifiesto en la liquidación es de 13.953,96 euros, que es considerablemente menor al que consta como percibido en la transmisión.

Siguiendo con la citada STS de 9 de julio de 2018, en el mismo fundamento jurídico quinto añade:

“3.- Aportada -según hemos dicho, por cualquier medio- por el obligado tributario la prueba de que el terreno no ha aumentado de valor, deberá ser la Administración la que pruebe en contra de dichas pretensiones para poder aplicar los preceptos del TRLHL que el fallo de la STC 59/2017 ha dejado en vigor en caso de plusvalía. Contra el resultado de la valoración de la prueba efectuada por la Administración en el seno del procedimiento tributario correspondiente, el obligado tributario dispondrá de los medios de defensa que se le reconocen en vía administrativa y, posteriormente, en sede judicial. En la vía contencioso- administrativa la prueba de la inexistencia de plusvalía real será apreciada por los Tribunales de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 LJCA y, en último término, y tal y como dispone el artículo 60.4 LJCA, de conformidad con las normas del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La resolución judicial recurrida en casación ha interpretado, pues, de manera correcta el ordenamiento jurídico al considerar que la STC 59/2017 permite no acceder a la rectificación de las autoliquidaciones del IIVTNU y, por tanto, a la devolución de los ingresos efectuados por dicho concepto, en aquellos casos en los que no se acredita por el obligado tributario la inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, supuestos en los que los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL resultan plenamente constitucionales y, por consiguiente, los ingresos realizados por el contribuyente, debidos.

.../...

*La STC 59/2017 -ya lo sabemos- ha dejado en vigor los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL en las situaciones de existencia de incremento de valor del terreno onerosamente transmitido por el contribuyente, debiéndose entender, a la luz del fallo del pronunciamiento constitucional, que dicho incremento de valor debe corresponderse con una plusvalía real y efectiva, supuesto éste cuyo gravamen es el único que resulta compatible con el principio de capacidad económica (STC 59/2017, FJ 3). Y para acreditar la existencia o no de esa plusvalía real -ya lo hemos dicho también- tanto el contribuyente como la Administración habrán de acudir a los medios de prueba y, más genéricamente, a las reglas generales que en relación con la prueba se contienen en la Sección 2ª del Capítulo II del Título III de la LGT (artículos 105 y siguientes).”*

La tan citada STS, como se ha visto admite como prueba la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión, reflejado en las correspondientes escrituras públicas, pero también (apartado 2 del FD5) la prueba pericial, así como cualquier otro medio probatorio de los enumerados en el artículo 106.1 de la LGT, que remite al Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 299).

3º. En el ámbito local, en lo relativo a la devolución de ingresos, el artículo 14.1.a) del TRLRHL remite al artículo 32 de la LGT, que impone a la Administración tributaria la devolución de los ingresos que indebidamente hubieran realizado los contribuyentes con ocasión del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, conforme a lo establecido en el artículo 221 de esta última norma, cuyo apartado 1 enumera los supuestos concretos en los que se podrá reconocer el derecho a la devolución:

*“a) Cuando se haya producido una duplicidad en el pago de deudas tributarias o sanciones.*

*b) Cuando la cantidad pagada haya sido superior al importe a ingresar resultante de un acto administrativo o de una autoliquidación.*

*c) Cuando se hayan ingresado cantidades correspondientes a deudas o sanciones tributarias después de haber transcurrido los plazos de prescripción. En ningún caso se devolverán las cantidades satisfechas en la regularización voluntaria establecida en el artículo 252 de esta Ley.*

*d) Cuando así lo establezca la normativa tributaria.”*

*En atención a la remisión que realiza el apartado d) transcrito, el artículo 15 del RGLGT enumera una serie de procedimientos que podrían dar lugar al reconocimiento del derecho a obtener la devolución de ingresos indebidos:*

*“a) En el procedimiento para el reconocimiento del derecho regulado en la sección 2ª de este capítulo, cuando se trate de los supuestos previstos en el artículo 221.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.*

*b) En un procedimiento especial de revisión.*

*c) En virtud de la resolución de un recurso administrativo o reclamación económico-administrativa o en virtud de una resolución judicial firmes.*

*d) En un procedimiento de aplicación de los tributos.*

*e) En un procedimiento de rectificación de autoliquidación a instancia del obligado tributario o de otros obligados en el supuesto previsto en el apartado 3 del artículo anterior.*

*f) Por cualquier otro procedimiento establecido en la normativa tributaria.”*

De los antecedentes que constan, se deduce de manera clara que nos encontramos ante un procedimiento de aplicación de los tributos, enumerado en el apartado d) del artículo 15 del RGLGT, por lo que podría haber lugar a la devolución parcial o total del importe abonado.

4º. En conclusión, evidenciada la inconsistencia de la prueba constituida por el solicitante, se considera que el Ayuntamiento debe proceder, tal y como se señala en el apartado 3 del fundamento jurídico quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2018, a constituir los medios de prueba que considere oportunos (principalmente la correspondiente prueba pericial que determine la diferencia real y efectiva entre el valor de adquisición y el de venta). De todo ello deberá darse traslado al sujeto pasivo, para que alegue cuanto estime oportuno y, en su caso, aporte a su vez las pruebas que estime convenientes, con el fin de acreditar si efectivamente ha existido el incremento de valor que grava el impuesto. Llevadas a cabo las actuaciones a que haya lugar, se podrán dar diversos supuestos, con distintas soluciones:

- Si se acredita que no existe incremento de valor, debe procederse a la anulación de la liquidación, con devolución al sujeto pasivo del importe indebidamente abonado.

- Si, aún habiendo incremento, se acredita que este es menor del determinado por la aplicación de las reglas de los apartados 1 y 2 del artículo 107 del TRLRHL, debe acordarse la rectificación de la liquidación y la devolución de la diferencia resultante.

- Si se acredita que el incremento es igual o mayor del ya determinado en la liquidación, resulta procedente acordar la confirmación de la liquidación y la improcedencia de devolución.

Este es el informe de la Oficialía Mayor – Área de Cooperación Municipal, en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



# **MANCOMUNIDADES**



## MANCOMUNIDADES

---

### MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS DE MANCOMUNIDAD

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Mancomunidad Integral de Servicios \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

#### ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por la Mancomunidad referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha 25 de octubre de 2019, tiene entrada en el Registro General de del Área de Cooperación de la Diputación, NERGE 2019/\_\_\_\_\_, escrito de la Mancomunidad Integral de Servicios \_\_\_\_\_, mediante el que se solicita que *“En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 66.1.c) de la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura, se remite copia del acuerdo adoptado y el texto íntegro de los artículos modificados para que, a la vista de la documentación presentada, se remita el correspondiente informe preceptivo con el fin de realizar las consideraciones y sugerencias que estime pertinentes.”*

- Certificación del Acuerdo de Asamblea General de la Mancomunidad, adoptado en sesión ordinaria celebrada el día 2 de octubre de 2019.

#### LEGISLACIÓN APLICABLE.

- Constitución Española de 1978 (CE).

- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), modificada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL).

- El Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 2 de abril (TRHL).

- Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

- Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura (LMELMEX).

- Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio (RPDTEL).

- Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (ROF).

- Estatutos de la Mancomunidad Integral de Servicios \_\_\_\_\_.

## **FONDO DEL ASUNTO.**

1º. Con carácter previo parece conveniente hacer constar que la Mancomunidad tramitó en su momento el correspondiente procedimiento de modificación de los Estatutos, en cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Undécima de la LRSAL, que se culmina con la publicación de los Estatutos en el DOE nº 227, de 25 de noviembre de 2014, cuyo articulado es objeto de modificación mediante el expediente iniciado con el acuerdo de la Asamblea general de 2 de octubre de 2019.

2º. La modificación estatutaria, aprobada inicialmente mediante el acuerdo de la Asamblea General de 2 de octubre de 2019, tiene carácter parcial afectando exclusivamente a los artículos 8, 16, 17, 18, 21 y el apartado 2 (suponemos que del artículo 21), en los términos se transcribe a continuación:

### ***“CAPITULO II***

**Artículo 8.** *La Mancomunidad estará representada y administrada por los siguientes órganos,*

• *El Presidente, que lo será, a su vez, de la Asamblea General.*

• *Los Vicepresidentes, hasta un máximo de dos.*

• *La Asamblea General.*

• *La Comisión Especial de Cuentas, Hacienda y Patrimonio.*

• *La Junta de Gobierno Local.*

• *La Asamblea de la Mancomunidad podrá crear cuantas Comisiones Informativas estime necesarias, sin atribuciones resolutorias para el estudio, información, consulta previa de los expedientes y asuntos que hayan de ser sometidos a la decisión de la Asamblea o de la Junta de Gobierno Local, cuando ésta actúa con competencias delegadas por las Asamblea, salvo cuando hayan de adoptarse acuerdos declarados urgentes. La Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Comisiones Informativas, será el establecido por la normativa vigente de Régimen Local.*

**Artículo 16.** *La comisión Especial de Cuentas, Hacienda y Patrimonio estará integrada por miembros de todos los Municipios mancomunados.*

*El nombramiento de los miembros de la Comisión será por la Asamblea a propuesta de las propias Entidades Mancomunadas.*

*Para el ejercicio de sus funciones la Comisión podrá requerir, a través del Presidente de la Mancomunidad, la documentación complementaria necesaria y la presencia de los miembros de la Mancomunidad y sus funcionarios relacionados con las cuentas que se analicen.*

*Celebrará sesiones ordinarias con la periodicidad que establezca la misma Comisión en el momento de su constitución, en los días y horas que establezca el Presidente de la misma, quien podrá, asimismo, convocar sesiones extraordinarias o urgentes de las mismas. El Presidente estará obligado a convocar sesión extraordinaria cuando lo solicite la cuarta parte, al menos, de los miembros de la Comisión.*

**Artículo 17.** *1. La Junta de Gobierno Local es un órgano de asistencia a la Asamblea y al Presidente y de gestión de la Mancomunidad, que estará integrada por el Presidente y Vicepresidentes de la Mancomunidad y un número de representantes de los municipios y entidades locales menores mancomunados nunca superior a un tercio del número de miembros de la Asamblea. 2. Corresponde a la Asamblea de la Mancomunidad el nombramiento de los miembros de la Junta de Gobierno a propuesta del Presidente. 3. Igual procedimiento se seguirá para el cese.*

*La Junta de Gobierno Local celebrará sesiones ordinarias con la periodicidad que establezca la Asamblea en el momento de su constitución, en los días y horas que establezca el Presidente de la misma, quien podrá, asimismo, convocar sesiones extraordinarias o urgentes. El Presidente estará obligado a convocar sesión extraordinaria cuando lo solicite la cuarta parte, al menos, de los miembros de la Junta de Gobierno Local.*

**Artículo 18.** *Las Comisiones Informativas. Su número y composición se decidirá por la Asamblea a propuesta del Presidente de la Mancomunidad.*

*Las Comisiones informativas celebrarán sesiones ordinarias con la periodicidad que establezca la misma Comisión en el momento de su constitución, en los días y horas que establezca el Presidente de la misma, quien podrá, asimismo, convocar sesiones extraordinarias o urgentes de las mismas. El Presidente estará obligado a convocar sesión extraordinaria cuando lo solicite la cuarta parte, al menos, de los miembros de la Comisión.*

*Los dictámenes se aprobarán siempre por mayoría simple de los presentes, decidiendo los empates el Presidente, por voto de calidad.*

*Ninguna Comisión podrá deliberar sobre asuntos de la competencia de otra, a menos que se trate de problemas comunes, en cuyo caso podrá convocarse por el Presidente de la Corporación, a propuesta de los respectivos Presidentes de las Comisiones, una sesión conjunta. El dictamen de la Comisión podrá limitarse a mostrar su conformidad con la propuesta que le sea sometida por los servicios administrativos competentes, o formular una alternativa.*

*El Presidente de cada Comisión podrá requerir la presencia, en sus sesiones, del personal o miembro de la Junta de Gobierno, a efectos informativos.*

*De cada sesión de las Comisiones Informativas se levantará acta de la misma.”*

### **CAPITULO III. COMPETENCIA FUNCIONAL**

*Artículo 21. Las atribuciones de la Junta de Gobierno de la Mancomunidad serán:*

- a) Asistir al Presidente de la Mancomunidad en sus atribuciones.*
- b) Ejercer las competencias que el Presidente u otro órgano de la Mancomunidad le hayan delegado.*
- c) Aquellas otras que les pueda corresponder por aplicación de la legislación de régimen local.*

### **CAPITULO V. PERSONAL DE LA MANCOMUNIDAD**

*.../...*

*2. El cargo de Secretario de la Mancomunidad, estará atribuido al funcionario de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, que ejerza dicho cargo en el Ayuntamiento del Municipio en que se fije la capitalidad de la Mancomunidad, correspondiendo a la Asamblea General su nombramiento, salvo renuncia del Funcionario; en cuyo caso, se efectuará a favor del funcionario de Administración Local con habilitación de carácter nacional que, previa propuesta de la Presidencia, se seleccione de entre los que ejerzan en propiedad en los Ayuntamientos integrados en esta Mancomunidad. En este último supuesto, cuando no sea posible atribuirla a funcionario de habilitación nacional de alguno de los Municipios Mancomunados, podrá ejercerse por cualquier funcionario de habilitación de carácter nacional de la subescala que corresponda a la categoría de la plaza.*

*No obstante lo anterior, la Mancomunidad podrá ser eximida por la Comunidad Autónoma de Extremadura de la obligación de mantener el puesto de trabajo de Secretaría cuando su volumen de servicios o recursos no sea suficiente para el mantenimiento de dicho puesto.”*

A la vista de las modificaciones propuestas se deduce claramente que las modificaciones de los artículos 8, 16, 17, 18 y 21 tienen principalmente naturaleza organizativa, mediante las que se pretende la reestructuración de los órganos de gobierno, en tanto que la modificación del artículo 21.2, con carácter eminentemente técnico, se realiza siguiendo indicaciones de la Dirección General de Administración Local, con la finalidad de añadir y ampliar los supuestos para cubrir el puesto de Secretaría-Intervención, para facilitar su provisión.

En opinión de este funcionario, con carácter general, las modificaciones son plenamente correctas y las acomete la Mancomunidad en el ejercicio de sus propias competencias para la determinación de su régimen estatutario de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, apartados 1 y 3, y 44 de la LBRL, 36 del TRRL, 150 y 154 de TRLRHL y 5.1, 10, 11, 46.2.b), 50, 57 y 65 de la LMELMEX.

No obstante, de la comparación de los preceptos vigentes con la nueva redacción propuesta, se considera que el nuevo articulado propuesto, en concreto las modificaciones referidas a los artículos 16, 17, 18 y 21 se solapan sobre preceptos que, todo parece indicar se pretenden mantener vigentes, puesto que de los antecedentes aportados no se deduce una nueva redacción de los mismos, sino que son artículos nuevos que se añaden. Con el fin de evitar esta situación, que puede dar lugar a confusiones y provocar inseguridad jurídica, se considera que debe procederse a reenumerar los preceptos que se pretenden añadir. A título de ejemplo se sugiere realizar su corrección en los términos que se expresan a continuación, de manera que sin realizar alteración alguna en el texto del articulado aprobado, se integre de manera ordenada en el estatuto que resulte de la modificación:

- Se mantiene la numeración del artículo 8, que pasará a tener la nueva redacción en los términos anteriormente transcritos.

- Se procede a la reenumeración de los nuevos artículos 16, 17, 18 y 21, que pasarán a tener el siguiente orden:

- El artículo 16, con la redacción aprobada pasa a ser el artículo 17.bis.

- El artículo 17, apartados 1, 2 y 3, con la redacción aprobada pasa a ser el artículo 17.ter, apartados 1, 2 y 3.

- El artículo 21, con la redacción aprobada pasa a ser el apartado 4 del artículo 17.ter.

- El artículo 18, con la redacción aprobada pasa a ser el artículo 17.quater.

- El apartado 2 que se recoge al final de la propuesta de modificación sustituye, con la redacción aprobada, al apartado 2 del artículo 21.

3º. Para la modificación de la Mancomunidad o de sus Estatutos, el artículo 44.4 de la LBRL establece que se seguirá un procedimiento similar al de su aprobación, cuyas reglas mínimas se establecen en el apartado 3 del mismo precepto, remitiendo su regulación a la legislación autonómica que, en nuestro caso, vienen establecidas en los artículos 65 y 66 de la LMELMEX. A este respecto, el último de los preceptos citados prevé dos procedimientos: el general y el simplificado, que reserva a aquellas modificaciones que consistan en “la mera adhesión o separación de uno o varios municipios o entidades locales menores o en la ampliación o reducción de sus fines”. Habida cuenta las características de las modificaciones, como se ha dicho de carácter organizativo o técnico, distintas de los contenidos señalados en el transcrito apartado 2 del artículo 66, se seguirá el procedimiento general detallado en el apartado 1 del precepto citado. Dicho procedimiento comprende los trámites que se transcriben a continuación:

- *“Iniciación por acuerdo del órgano plenario de la mancomunidad, por sí o instancia de la mayoría absoluta de los municipios y entidades locales menores mancomunados.*

- *Información pública por plazo de un mes, mediante publicación en el Diario Oficial de Extremadura y en las páginas web de la mancomunidad y de cada uno de los municipios que la integran.*

- *Durante el plazo referido, y antes de la aprobación definitiva, se solicitará por la mancomunidad informes a la Diputación Provincial o Diputaciones Provinciales interesadas y a la Consejería con competencias en materia de régimen local, junto a la certificación del trámite efectuado y el contenido de la modificación a introducir en los estatutos.*

*Ambos informes deberán emitirse en el plazo de un mes desde su requerimiento, transcurrido el cual podrán entenderse efectuados dichos trámites en sentido positivo.*

- *Concluido el periodo de información pública e informe de la modificación, la Asamblea de la mancomunidad procederá a analizar las objeciones planteadas y decidirá definitivamente el contenido de la modificación que propone.*

- *Aprobación por el Pleno de los Ayuntamientos de cada uno de los municipios con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de sus miembros.*

*Si alguno de los miembros de la mancomunidad fuera una entidad local menor, la aprobación de la modificación exigirá, además del acuerdo de la mayoría absoluta de los miembros de la Junta Vecinal, la ratificación del Pleno del municipio matriz al que pertenezca, siempre por idéntica mayoría.*

- *Publicación en el Diario Oficial de Extremadura y en las páginas web de la mancomunidad y de cada uno de los municipios que la integran.*

- *Inscripción en el Registro de Entidades Locales estatal y autonómico, así como en cualquier otro en que proceda por la naturaleza de las previsiones contenidas en los estatutos.”*

El artículo 44.2 de la LBRL establece que “Las mancomunidades ... se rigen por sus Estatutos propios.”, en tanto que el artículo 10.1 de la LMELMEX reconoce la naturaleza reglamentaria de los estatutos disponiendo que son “... la norma reguladora básica de la mancomunidad, tienen la naturaleza jurídica de disposición reglamentaria y a ellos estarán sometidos la propia mancomunidad y los municipios y entidades locales menores que la integren.”, lo que explica que se siga un procedimiento tan estricto y participativo en su aprobación. No obstante, parece de interés advertir que el procedimiento detallado difiere de las reglas mínimas establecidas en la norma básica estatal, artículo 44.3 de la LBRL, en que la norma autonómica no requiere para la modificación de los nuevos estatutos el trámite de elaboración por “... los concejales de la totalidad de los municipios promotores de la mancomunidad, constituidos en asamblea.” (apartado a) del precepto citado), lo cual no debe suponer problema alguno por cuanto se exige, como se ha dicho, que el procedimiento de modificación sea similar (no idéntico) al de creación, de lo que se concluye que puede tener diferencias con aquél. Por lo demás, el procedimiento previsto es suficientemente garantista y está también en consonancia con las previsiones de los artículos 36 del TRRL y 33 y 35 del RPDTL.



4º. Revisado el expediente, con el acuerdo de la Asamblea de la Mancomunidad de \_\_\_/\_\_\_/2018, que recoge el nuevo contenido de los preceptos de los Estatutos que son objeto de modificación, este funcionario considera ajustadas a derecho las modificaciones propuestas, con la salvedad de la integración del nuevo artículo en los estatutos, que debería ser corregido en los términos sugeridos en el apartado 2º del presente informe o en cualquier otra redacción de características similares que permita su refundición en el texto estatutario que surja de la modificación.

Conforme a lo que antecede y en cuanto la modificación estatutaria que se pretende, que recoge el nuevo contenido de los artículos 8, 16, 17, 18, 21 y el apartado 2 del artículo 21 de los estatutos, este funcionario, sin perjuicio de cualquier otra opinión más autorizada, considera que se ajusta al ordenamiento jurídico, al no contener pactos contrarios a los principios de buena administración ni que perjudiquen a terceros.

En relación con la publicación exigida en el apartado f) del artículo 66 de LMELMEX, con el fin de facilitar la claridad y comprensión del los Estatutos y en aras de la seguridad jurídica, se recomienda que no se limite al texto de la modificación aprobada, sino que se proceda a la publicación íntegra del texto refundido surgido de la modificación o reforma llevada a cabo.

Por ello, y a salvo de las observaciones realizadas en el apartado 2º y en los párrafos precedentes, nada obstaría para que esta Excma. Diputación Provincial dé cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 44.3.b) de la LBRL (con la redacción de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), 66.1.c) de la LMELMEX y 35, apartados 1.b) y 2, del RPDTEL, emitiendo el correspondiente informe respecto de la propuesta de modificación de Estatutos de la Mancomunidad Integral de Servicios \_\_\_.

Este es el informe de la Oficialía Mayor - Área de Cooperación Municipal, en relación con el asunto de referencia, que se emite a los efectos de los artículos 44.3.b) de la LBRL y 66.1.e) de la LMELMEX respecto a la solicitud de la Mancomunidad \_\_\_\_\_ que, en uso de sus competencias, resolverá lo pertinente.



## **AGRUPACIÓN DE MUNICIPIO Y MANCOMUNIDAD PARA SOSTENIMIENTO EN COMÚN DEL PUESTO DE SECRETARIO/A-INTERVENTOR/A**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Dirección General de Administración Local de la Consejería de Medio Ambiente y Rural, Políticas Agrarias y Territorio de la Junta de Extremadura, se emite el presente INFORME

### **HECHOS. ANTECEDENTES**

Escrito de la Jefe de Servicio de Administración Local de la Dirección General de Administración Local de la Consejería de Medio Ambiente y Rural, Políticas Agrarias y Territorio de la Junta de Extremadura sobre el asunto epigrafiado, acompañando copia del expediente seguido al efecto.

### **LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, modificada en lo que al presente atañe, por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Modernización del Gobierno Local (LRBRL).

- Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

- Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).

- Real Decreto 1690/86, de 11 de julio, que aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales (RPDT).

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

- Decreto 53/2010, de 5 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la constitución, modificación y disolución de Agrupaciones de Entidades Locales para sostenimiento en común de puestos de Secretaría e Intervención.

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

## FONDO DEL ASUNTO

### **PRIMERO.- CONCEPTO DE AGRUPACIÓN**

La agrupación del puesto de la Secretaría significa que las dos entidades que se agrupan (Ayuntamiento-Mancomunidad) seguirían existiendo como tales, y tendrían una plaza única de Secretaría, de tal forma que el Secretario o Secretaria, sería único para los dos Entidades agrupadas.

Se trata de un tipo específico de entidad, la agrupación, a la que no se le reconoce personalidad jurídica, que se constituye para conseguir una mayor eficacia y racionalidad de los recursos humanos en las pequeñas entidades locales, permitiendo dotar a estas del personal adecuado a sus necesidades y que por sí solas no podrían mantener repartiendo el coste económico entre ambas.

Consecuencia de lo anterior, la creación de la agrupación persigue que ambas entidades manteniendo su personalidad jurídica, pasan a disponer de una plaza única de Secretario-Interventor, y deberán proveer a su provisión en alguna de las formas que determina y regula el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional

### **SEGUNDO.- RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA AGRUPACIÓN.**

El Artículo 161 del RD.L. 781/86 del TRRL, establece que *en todas las Entidades locales existirá, al menos, un puesto de trabajo que tenga atribuida la responsabilidad administrativa de la función a que se refiere el artículo 92.3 a) de la Ley 7/85 (La de Secretaría e Intervención). No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, reglamentariamente se determinarán por la Administración del Estado los supuestos, requisitos y condiciones en que proceda la Agrupación de Municipios a efectos de sostenimiento en común de dicho puesto de trabajo (Secretaría - Intervención) que en tal caso será un puesto único para el conjunto de los municipios agrupados. Tales agrupaciones serán acordadas por el órgano competente de la respectiva Comunidad Autónoma.*

El artículo 9 del RD.128/2018 establece que:

*1. Las Entidades Locales cuyo volumen de servicios o recursos sea insuficiente, podrán sostener en común y mediante agrupación el puesto de Secretaría, al que corresponderá la responsabilidad administrativa de las funciones propias del mismo en todas las Entidades agrupadas. El ámbito territorial de las agrupaciones para el mantenimiento en común del puesto de Secretaría es autonómico, sin perjuicio de los convenios o acuerdos que se puedan celebrar por las Comunidades Autónomas para constituir agrupaciones entre Entidades Locales de diferentes Comunidades Autónomas.*

*2. Corresponde a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus normas propias, acordar la constitución y disolución de agrupaciones de Secretaría, a que se refiere el número anterior, dentro de su ámbito territorial. El procedimiento podrá iniciarse mediante acuerdo de las Entidades Locales interesadas o de oficio por la Comunidad Autónoma, dando*

*audiencia en este caso a las Entidades afectadas, y requiriéndose en ambos informe previo de la Diputación, Cabildo, Consejo insular o ente supramunicipal correspondiente.*

*3. La regulación que establezcan las Comunidades Autónomas sobre procedimiento de constitución de las agrupaciones deberá tener en cuenta lo siguiente:*

*a) Se requerirá informe previo de la Diputación, Cabildo o Consejo Insular correspondiente.*

*b) Una vez aprobada la agrupación, se clasificará el puesto resultante por la Comunidad Autónoma, y se comunicará la resolución de clasificación correspondiente, al Ministerio de Hacienda y Función Pública.*

El artículo 7 del Decreto 53/2010, de 5 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la constitución, modificación y disolución de Agrupaciones de Entidades Locales para sostenimiento en común de puestos de Secretaría e Intervención, determinan los trámites a seguir para constitución voluntaria de citadas agrupaciones y al respecto dispone:

El procedimiento para la constitución de Agrupaciones a instancia de las Corporaciones Locales interesadas se iniciará mediante los correspondientes acuerdos de cada uno de los Ayuntamientos (en nuestro caso, Ayuntamiento y Mancomunidad), adoptados por mayoría absoluta del número legal de sus miembros, en los que se exprese la voluntad de agruparse y en los que figure el compromiso de concurrir a una Junta Administrativa Provisional para elaborar los Estatutos, con indicación de los representantes en dicha Junta y de las propuestas de Estatutos que, en su caso, quieran formularse.

#### ***CUARTO.- ÓRGANO COMPETENTE DEL AYUNTAMIENTO PARA ACORDAR LA DISOLUCIÓN DE LA AGRUPACIÓN.***

Según el Artículo 22 - 2 b) de la LRBRL: *Corresponde en todo caso al Pleno las siguientes atribuciones: b) Los acuerdos relativos a la participación en organizaciones supramunicipales.*

Por su parte el Artículo 47 - 3 b) de la LRBRL, establece que es *necesario el voto favorable de la Mayoría Absoluta del número legal de miembros de la Corporación para la adopción de acuerdos en las siguientes materias: b) Creación de otras organizaciones asociativas, así como la adhesión a las mismas y la aprobación y modificación de sus Estatutos.*

Por lo tanto el órgano competente que en el ayuntamiento toma las decisiones en cuanto a la agrupación de los municipios y su disolución, es el pleno de la corporación por mayoría absoluta.

#### ***QUINTO.- PROCEDIMIENTO A SEGUIR.***

Como señalamos más arriba, este procedimiento lo regula el Decreto 53/2010, de 5 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la constitución, modificación y disolución de Agrupaciones de Entidades Locales para sostenimiento

en común de puestos de Secretaría e Intervención, que en sus artículos 8 y siguientes y respecto del Procedimiento, disponen:

#### *Artículo 8 Elaboración de Estatutos*

1. La Junta Administrativa Provisional, compuesta por tres representantes de cada una de las Corporaciones Locales promotoras de la Agrupación, será convocada por la Presidencia de la Entidad Local que cuente con mayor población, donde se reunirá, y estará asistida por la Secretaría de la Entidad Local donde tenga lugar la reunión.

Si una de las corporaciones locales que desean agruparse fuera una Mancomunidad, y la otra una de las Entidades Locales que la integran, la Junta Administrativa será convocada por la Presidencia de la Mancomunidad o por la Alcaldía-Presidencia de la Entidad Local que pretende agruparse, donde se reunirán, y estará asistida por la Secretaría de la entidad convocante.

2. Con base a las propuestas formuladas por las Entidades Locales, la Junta Administrativa Provisional procederá a la elaboración de los Estatutos, que respetando el contenido mínimo señalado en el artículo 2, deberán ser aprobados por la mayoría absoluta del número de miembros que la componen.

#### *Artículo 9 Aprobación inicial*

El proyecto de Estatutos se someterá a la aprobación inicial de cada una de las Corporaciones interesadas, requiriéndose para dicha aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de sus miembros.

#### *Artículo 10 Exposición al público*

1. Las Corporaciones interesadas expondrán al público el acuerdo relativo a la voluntad de agruparse y el proyecto de Estatutos, por plazo de un mes, mediante su publicación conjunta en el tablón de anuncios de la Entidad respectiva, en las páginas web de cada Municipio si existiesen, y en el Boletín Oficial de la Provincia correspondiente.

2. Los acuerdos sobre voluntad de agruparse y aprobación de los Estatutos se considerarán definitivos si al término del periodo de exposición pública no se hubieran presentado reclamaciones; en otro caso, se requerirá acuerdo expreso por el que se resuelvan las alegaciones formuladas y se aprueben definitivamente.

#### *Artículo 11 Documentación*

Las Corporaciones Locales interesadas remitirán a la Dirección General de Administración Local de la Junta de Extremadura el expediente de Agrupación con los siguientes documentos:

- 1. Certificación de los acuerdos corporativos relativos a la voluntad de agruparse y a la aprobación de los Estatutos, así como de haber cumplido el trámite de información pública y, en su caso, de las alegaciones presentadas y del acuerdo resolviendo las mismas.

- 2. Certificación de los datos de población y recursos presupuestarios ordinarios y cualquier otra circunstancia que justifique la oportunidad de la agrupación propuesta.

- 3. Copia de los Estatutos aprobados por la Corporación.

#### *Artículo 12 Audiencia a los interesados*

En los supuestos de constitución de Agrupaciones, la Dirección General de Administración Local notificará al titular o titulares de los puestos de trabajo agrupados afectados por la modificación, la iniciación del correspondiente expediente, concediéndoles un plazo de audiencia de quince días, para que aleguen lo que estimen conveniente.

#### *Artículo 13 Informes*

La Dirección General de Administración Local de la Junta de Extremadura, una vez recibido el expediente de Agrupación, recabará informes de la Diputación o Diputaciones interesadas sobre el proyecto de Agrupación y sus Estatutos, así como del Colegio Provincial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la provincia o provincias en que radiquen las entidades locales que se van a agrupar.

Dicho informe deberá ser emitido en el plazo de diez días. De no recibirse en el plazo señalado, podrá proseguirse el procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (referencia que hoy la entendemos realizada al artículo 80 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas)

#### ***SEXTO.-ÓRGANO COMPETENTE PARA AUTORIZAR LA AGRUPACIÓN***

Dispone el artículo 14 del meritado Decreto 53/2010, de 5 de marzo que:

“Evacuados los trámites a que se refieren los artículos 12 y 13, y previo informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Junta de Extremadura, la Dirección General de Administración Local dictará resolución sobre la aprobación o no de la Agrupación, que incluirá la clasificación del puesto de trabajo resultante y, en su caso, la adscripción al mismo del funcionario correspondiente.

La resolución aprobatoria de la constitución de la Agrupación y, en su caso, de la clasificación del puesto de trabajo resultante se publicará en el Diario Oficial de Extremadura, comunicándose al Ministerio de Política Territorial, así como notificándose a los interesados.”

Comoquiera que a juicio del funcionario informante, se ha dado debido cumplimiento a las exigencias documentales y trámites establecidos para la constitución de la Agrupación de \_\_\_\_\_ y la Mancomunidad de Municipios \_\_\_\_\_, para el sostenimiento en común del puesto de secretario-interventor, se informa FAVORABLEMENTE el expediente sometido a nuestra consideración e informe

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 la Dirección General Administración Local, de la Consejería de Medio Ambiente y Rural, Políticas Agrarias y Territorio de la Junta de Extremadura, en relación con el expediente que se sigue para con la **Agrupación de \_\_\_\_\_ Mancomunidad de Municipios \_\_\_\_\_**, **para el sostenimiento en común del puesto de secretario-interventor** y que se somete a V.I. para que resuelva lo que corresponda en relación con el mismo.



# ORGANIZACIÓN



## ORGANIZACIÓN

---

### CÓMPUTO DE PLAZOS EN LA INSTRUCCIÓN DE EXPEDIENTE SANCIONADOR. INTERPRETACIÓN SOBRE LA SUSPENSIÓN DE PLAZOS DE TRES MESES PARA RESOLVER UN EXPEDIENTE SANCIONADOR

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sr/a. Alcalde/sa-Presidente/a del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

#### HECHOS. ANTECEDENTES

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre el asunto epigrafiado.

#### FONDO DEL ASUNTO

**PRIMERA.** El artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) establece las causas de incompatibilidad de los miembros de la Corporación, señalando lo siguiente:

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

2. Son también incompatibles:

a) **Los Abogados y Procuradores que dirijan o representen a partes en procedimientos Judiciales o administrativos contra la Corporación, con excepción de las acciones a que se refiere el artículo 63.1.b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local.**

3. Quando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de Concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, dé origen a la referida incompatibilidad. Cuando la causa de incompatibilidad sea la prevista en el apartado 2.e) del presente artículo, se aplicará lo dispuesto en el artículo 6.4 de esta Ley.

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

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.»

**SEGUNDA.** Por su parte, el artículo 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 (ROF), establece las actuaciones a llevar a cabo en el caso de que exista incompatibilidad, tal y como hace el artículo 178.3 de la LOREG, y dispone:

«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 aquel 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».*

Por tanto, si un profesional liberal (abogado) que se va a presentar a las elecciones municipales, resulta elegido Concejal y toma posesión de su cargo, no podrá seguir simultáneamente el ejercicio de su profesión, si continua dirigiendo o representando a partes contra el Ayuntamiento para el que ha sido elegido concejal, ya que se producirá una situación de incompatibilidad. Debe optar por la condición de Concejal, o la abogado en activo, como hemos indicado, no pudiendo desempeñar ambos puestos a la vez.

En este sentido la Junta Electoral Central en acuerdo de 13 de septiembre de 2012, tiene declarado que: 1º) *No corresponde a esta Junta proceder al enjuiciamiento de situaciones concretas producidas dentro del ámbito de competencias de las corporaciones locales, como sucede respecto del examen de incompatibilidades en que puedan incurrir los miembros de las corporaciones locales, que es competencia del Pleno de la correspondiente corporación.* 2º) *La función de la Junta Electoral Central debe limitarse a la interpretación de las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) o en su normativa de desarrollo.* 3º) *Esta Junta entiende que con arreglo al artículo 178.2.a) de la LOREG, son incompatibles con el cargo de concejal los abogados y procuradores que dirijan o representen a partes en procedimientos judiciales o administrativos contra la corporación, con excepción de las acciones a que se refiere el artículo 63.1.b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local.*

**TERCERO.** Sin perjuicio de lo anterior y a efectos meramente ilustrativos y de información, para el supuesto de que se produjera la elección del profesional en

cuestión y optare conforme a lo señalado en el apartado anterior por el ejercicio del cargo público, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 12 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, a cuyos efectos:

*“1. En todo caso, el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá ejercer las actividades siguientes:*

*a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público.*

*Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.*

*b) La pertenencia a Consejos de Administración u órganos rectores de Empresas o Entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el Departamento, Organismo o Entidad en que preste sus servicios el personal afectado.*

*c) El desempeño, por sí o persona interpuesta, de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas.*

*d) La participación superior al 10 por 100 en el capital de las Empresas o Sociedades a que se refiere el párrafo anterior. “*

## CONCLUSIONES

En virtud de las consideraciones jurídicas expuestas, pasamos a responder a las cuestiones formuladas , así:

**Primera.** Si un profesional liberal ( abogado) que se va a presentar a las elecciones municipales resulta elegido Concejal y toma posesión de su cargo, no podrá seguir simultáneamente el ejercicio de su profesión, si continua dirigiendo o representando a partes contra el Ayuntamiento para el que ha sido elegido concejal, ya que se producirá una situación de incompatibilidad. Debe optar por la condición de Concejal, o la abogado en activo, como hemos indicado, no pudiendo desempeñar ambos puestos a la vez.

**Segunda.** Durante el periodo electoral este abogado podrá seguir desempeñando su profesión, puesto que hasta que no tome posesión de su cargo como Concejal no se produce la incompatibilidad. Por ello, podrá seguir trabajando y realizar propaganda política, porque esto no es incompatible con su profesión, tal y como indica la normativa de referencia.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

# **COMPATIBILIDAD DE DESEMPEÑO DE LA ALCALDÍA CON DEDICACIÓN PARCIAL CON JORNADA COMPLETA EN SECTOR PUBLICO**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ se emite el presente INFORME

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

Mediante escrito el Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ solicita informe en relación con el asunto epigrafiado

## **LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LMRFP)

- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL)

- 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 (ROF)

## **FONDO DEL ASUNTO**

Con carácter previo cabe señalar que el art. 75.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local -LRBRL-, establece que los miembros de las Corporaciones Locales que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, como es la Alcaldía, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas, en cuyo caso serán igualmente dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social -RGSS- en tal concepto, asumiendo las Corporaciones las cuotas empresariales que corresponda. Dichas retribuciones no podrán superar en ningún caso los límites que se fijen, en su caso, en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado -LPGE-, y en los acuerdos plenarios de determinación de los cargos que lleven aparejada esta dedicación parcial y de las retribuciones de los mismos se deberá contener el régimen de la dedicación mínima necesaria para la percepción de dichas retribuciones.

Por otra parte, conviene recordar que, conforme establece el art.10 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales -ROF-, los Concejales deben 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.

Los miembros de las Corporaciones Locales que sean personal de las Administraciones Públicas solamente podrán percibir retribuciones por su dedicación parcial fuera de su jornada en sus respectivos centros de trabajo, en los términos señalados en el art.5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas -LIPAP-, ya que este último precepto, a modo de excepción, habilita al personal incluido en el ámbito de aplicación de la Ley para compatibilizar sus actividades con el desempeño de los cargos electivos en las Corporaciones Locales, salvo que desempeñen en las mismas cargos retribuidos en régimen de dedicación exclusiva.

Añade este artículo que:

• *“En los supuestos de miembros de las Corporaciones locales en la situación de dedicación parcial a que hace referencia el art. 75.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, se podrán percibir retribuciones por tal dedicación, siempre que la desempeñen fuera de su jornada de trabajo en la Administración, y sin superar en ningún caso los límites que con carácter general se establezcan, en su caso. La Administración en la que preste sus servicios un miembro de una Corporación local en régimen de dedicación parcial y esta última deberán comunicarse recíprocamente su jornada en cada una de ellas y las retribuciones que perciban, así como cualquier modificación que se produzca en ellas.”*

Cabe destacar las consideraciones de la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 21 de abril de 2017 especialmente cuando afirma que:

• *“...es compatible la condición de empleado público con la de miembro de las Corporaciones locales en régimen de dedicación parcial retribuida siempre que ésta se desempeñe fuera de la jornada de trabajo en la Administración, y sin perjuicio de los límites que, en su caso, se fijen en las leyes de Presupuestos Generales del Estado.”*

En definitiva, el régimen de incompatibilidades se hace más flexible cuando el Alcalde o Concejal sólo tiene dedicación parcial y únicamente es retribuido por el tiempo de dedicación efectiva, por lo que se considera que en el supuesto de cargo electo con dedicación parcial no sería, en principio, necesaria la declaración de compatibilidad por parte del Pleno de la Corporación respecto de las actividades que realice fuera del horario de su dedicación, ya que la ley lo que establece en estos casos de dedicación parcial es una incompatibilidad horaria, además del deber de comunicarse ambas entidades, recíprocamente, la jornada que desempeñe en cada una de ellas, las retribuciones que perciban, así como cualquier modificación que se produzca en ellas.

Por tanto y a nuestro juicio, en el supuesto planteado, el interesado que pasa a desempeñar un puesto de trabajo en el sector público, podría compatibilizar dichas funciones con las propias de Alcalde en el Ayuntamiento en régimen de dedicación a tiempo parcial, teniendo en cuenta que deberá verificarse el cumplimiento de todos los requisitos legales expuestos, incluyendo el deber recíproco de comunica-



ción entre las dos Administraciones. Todo lo cual debemos considerarlo sin perjuicio de las comprobaciones oportunas y evacuación de informes que, en su caso, se produzcan en la tramitación del oportuno expediente de compatibilidad que deba tramitar la otra Administración donde el Alcalde pasa a prestar sus servicios en régimen de jornada completa.

## CONCLUSIONES

1ª. Los miembros de las Corporaciones Locales que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, como es la Alcaldía, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas, no pudiendo superar en ningún caso los límites que se fijan, en su caso, en las LPGE.

2ª. El régimen de incompatibilidades previsto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, se hace más flexible cuando el cargo electo sólo tiene dedicación parcial y sólo es retribuido por el tiempo de dedicación efectiva, por lo que, en el supuesto de hecho que nos ocupa, el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público es compatible con las funciones propias de Alcalde en el Ayuntamiento en régimen de dedicación a tiempo parcial, no siendo necesaria, aunque nada lo impide, la declaración de compatibilidad por parte del Pleno de la Corporación.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



## **COMPULSAS DE DOCUMENTACIÓN POR PARTE DE SECRETARÍA**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde - Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### **HECHOS. ANTECEDENTES**

Escrito del Sr. Alcalde - Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre el asunto epigrafiado.

### **FONDO DEL ASUNTO**

**PRIMERO.-** La compulsas puede ser definida como un acto declarativo respecto a un duplicado de un documento público o privado por el cual, la autoridad o funcionario ante el que se presenta hace constar, previo cotejo, su coincidencia exacta con el original del que es copia. Pero, normalmente se suele equivocar copia auténtica con el hecho de compulsar que, si bien, ambas son el resultado del cotejo de documentos (comparar un original y su copia), sin embargo el resultado es distinto, según autores como Pérez Luque: la copia auténtica como un documento público expedido por un fedatario (interviene la fe pública) que tiene un valor probatorio pleno sobre los hechos o actos que documente, equivalente al documento original y puede presentarse con efectos probatorios plenos, de acuerdo con el artículo 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 27 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

**SEGUNDO.-** La función de «fe pública» está reservada a los Secretarios de Administración Local por el artículo 92.bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y desarrollado por el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, que aprueba el Régimen jurídico de los Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Sin embargo, entre las funciones que precisan de la fe pública, no se regula la compulsas de documentos, y esto se debe a la polémica que surge en cuanto a la naturaleza del acto jurídico de la compulsas, a diferencia de la mencionada copia autorizada.

En este sentido, el artículo 13, en relación con el artículo 16 de la LPACAP regula el derecho de los ciudadanos a obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales; dicha copia, previo cotejo con el original, será remitida al órgano destinatario devolviéndose el original al ciudadano.

En parecidos términos, el artículo 158 del *Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre*, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales -ROF-, establece que *«los escritos podrán presentarse acompañados del documento o documentos en que funden su derecho los interesados, ya sean originales, ya por testimonio o por copia del original que cotejará el encargado del registro.»*

Así, la compulsión es el elemento necesario para garantizar el derecho de los ciudadanos a obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento.

**TERCERO.-** Deberá realizarse la compulsión siempre que, en el seno de un procedimiento administrativo, se exija a los interesados la aportación de documentos. De forma que éstos deberán presentar el documento original junto con una copia, y el funcionario encargado del Registro administrativo en el que se presente deberá, previo cotejo, sellar la copia, y devolver al interesado el original. De esta forma, no sólo se garantiza que el documento que obra en manos de la administración es una reproducción exacta del documento original, sino que se respeta el derecho de los ciudadanos a la devolución de los mismos.

A la vista de lo expuesto hasta ahora, se deduce que la compulsión de documentos se encuentra atribuida al personal funcionario encargado del Registro General del Ayuntamiento, no exigiéndose la condición de *«funcionario público legalmente facultado para dar fe»*, y ello por cuanto, como hemos mencionado anteriormente, la compulsión consiste simplemente en la constatación de la correspondencia de una copia de un documento con el original, de forma que sus efectos se agotan dentro del propio Ayuntamiento en el que ejerce sus funciones y no puede extenderse más allá de aquellos procedimientos y actos que deban surtir efectos en la propia entidad, por carecer de habilitación legal para ello.

Por tanto, la compulsión de documentos se encuentra atribuida al personal encargado del Registro General del Ayuntamiento, si bien nada obsta a que dicha función se encuentre encomendada a cualquier otro empleado público, mediante la Relación de Puestos de Trabajo en el ejercicio de las competencias de autoorganización Municipales, pero no a personal laboral por tratarse de puestos de trabajo cuya naturaleza va pareja a una profesión, arte u oficio, propiamente dicho, no relacionado directamente con la tramitación de expedientes administrativos.

## CONCLUSIONES

La competencia para compulsar documentos no se encuentra reservada a los funcionarios legalmente facultados para dar fe, pudiendo realizarse por aquél empleado público que, dentro del Ayuntamiento consultante, esté encargado del Registro de documentos, escritos y solicitudes que presenten los ciudadanos.

Por lo expuesto, los funcionarios del registro sólo estarán obligados a compulsar las copias de aquellos documentos que acompañen a solicitudes destinados a formar parte de los procedimientos tramitados por el propio Ayuntamiento, y aquellos otros que se vayan dirigidos a otras Administraciones Públicas y que el registro Municipal esté autorizado a recibir, en virtud de convenio interadministrativo. No podrá realizar dicha función por el personal laboral por tratarse de puestos de trabajo cuya naturaleza va pareja a una profesión, arte u oficio, propiamente dicho, no relacionado directamente con la tramitación de expedientes administrativos.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



## **CUANTÍAS MÁXIMAS QUE PUEDEN COBRAR LOS CONCEJALES EN RÉGIMEN DE DEDICACIÓN ABSOLUTA EN UN MUNICIPIO CON POBLACIÓN ENTRE 1.000 Y 2.000 HABITANTES**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### **HECHOS. ANTECEDENTES**

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre el asunto epigrafiado.

“Con motivo de la constitución de la nueva Corporación solicito Informe sobre las cuantías máximas que pueden cobrar los concejales en régimen de dedicación absoluta en un municipio con población entre 1.000 y 2.000 habitantes. ¿Estarían incluidas las cuotas de la Seguridad Social en el cómputo?

### **NORMATIVA APLICABLE**

- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

- Ley 7/1985, 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 39/2015, de 26 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

- Ley 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales.

- 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 (TRET).

- 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 (TREBEP).

- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).

- 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 (ROF).

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**PRIMERA.-** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 75 de la LRBRL y 13 del ROF, los miembros de las Corporaciones Locales tendrán derecho a percibir, con cargo al Presupuesto de la entidad local, las retribuciones e indemnizaciones que le correspondan, en los términos de tales preceptos. De esta manera, el régimen económico de los miembros de las Corporaciones Locales se podría entender configurado por la percepción, de:

**a) Retribuciones derivadas del desempeño del cargo con dedicación exclusiva total o parcial.** En el caso de que los miembros de las Corporaciones Locales desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva, percibirán retribuciones, debiendo ser dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social y asumiendo las Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que correspondan. Dicha percepción resulta incompatible con otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los entes y organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades. Todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículo 75.1 de la LRBRL y artículo 13.1 y 2 del ROF). Por otra parte, los miembros de las Corporaciones Locales que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas, en cuyo caso serán igualmente dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en tal concepto, asumiendo las Corporaciones las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo 74.

Dichas retribuciones no podrán superar (artículo 75.2 de la LRBRL) los límites que se fijen, en su caso, en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, y en la actualidad se estará a lo dispuesto en el artículo 18 del Real Decreto-Ley 24/2018, de 21 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público, que actualiza el Régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales, disponiendo

*“Uno. De conformidad con lo previsto en el artículo 75 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, según la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, y considerando lo dispuesto en el artículo 4 del presente real Decreto-Ley, el límite máximo total que pueden percibir los miembros de las Corporaciones Locales por todos los conceptos retributivos y asistencias, excluidos los trienios a los que, en su caso, tengan derecho aquellos funcionarios de carrera que se encuentren en situación de servicios especiales, será el que se recoge a continuación, atendiendo a su población:*



<b>Habitantes</b>	<b>Referencia-Euros</b>
Más de 500.000	106.130,60
300.001 a 500.000	95.517,54
150.001 a 300.000	84.904,46
75.001 a 150.000	79.598,46
50.001 a 75.000	68.985,42
20.001 a 50.000	58.372,36
10.001 a 20.000	53.065,30
5.001 a 10.000	47.759,30
1.000 a 5.000	42.452,24

*En el caso de Corporaciones Locales de menos de 1.000 habitantes, resultará de aplicación la siguiente escala, atendiendo a su dedicación:*

<b>Habitantes</b>	<b>Referencia-Euros</b>
Dedicación parcial al 75%.	31.839,20
Dedicación parcial al 50%.	23.348,55
Dedicación parcial al 25%.	15.920,13

*Dos. Las cuantías de los límites recogidos en esta disposición incluyen un aumento del 2,25 por ciento respecto de las vigentes a 31 de diciembre de 2018. Asimismo se aplicará el incremento retributivo adicional vinculado a la evolución del PIB que, de acuerdo con el artículo 3.dos, se apruebe para el personal del sector público.”*

Ahora bien, debe tenerse en consideración que los miembros de las Corporaciones locales que sean personal de las Administraciones públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes solamente podrán percibir retribuciones por su dedicación parcial a sus funciones fuera de su jornada en sus respectivos centros de trabajo, en los términos señalados en el artículo 5 de la Ley

53/1984, de 26 de diciembre, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado sexto del presente artículo. Dicho régimen de dedicación debe ser acordado por el Pleno de la Corporación, indicando de forma general el tiempo de dedicación y las retribuciones aparejadas, debiendo el interesado aceptar el mismo de forma expresa. Circunstancia ésta que será comunicada al Pleno en la siguiente sesión ordinaria (artículo 13.4 del ROF). En el caso de que la dedicación sea parcial, el mencionado acuerdo de Pleno ha de contener, junto a las retribuciones asignadas, la dedicación mínima necesaria para la percepción de las mismas (artículo 75.2 de la LRBRL). El reconocimiento de la dedicación exclusiva a un miembro de la Corporación exigirá la dedicación preferente del mismo a las tareas propias de su cargo, sin perjuicio de otras ocupaciones marginales que, en cualquier caso, no podrán causar detrimento a su dedicación a la Corporación, y, si tales ocupaciones son remuneradas, se requerirá una declaración formal de compatibilidad por parte del Pleno de la entidad local (artículo 13.3 del ROF). Dicho régimen retributivo queda completado con lo dispuesto en los artículos 75.bis y 75.ter de la LRBRL, limitando éste último el número de cargos públicos de Entidades Locales con dedicación exclusiva.

**b) Indemnizaciones (asistencias) por concurrencia a órganos colegiados.**

*Asimismo, el Pleno de la Corporación es competente para determinar si sus miembros percibirán ciertas cantidades, denominadas “asistencias”, por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de que formen parte. La finalidad de dicha cantidad o indemnización es compensar el trabajo que supone a sus miembros asistir a dichos órganos, correspondiente a la preparación de sesiones y a la asistencia a ellas, y no por un trabajo efectivo en su área de competencia, u otros gastos derivados del ejercicio de su cargo. Así, la jurisprudencia considera que las asistencias son indemnizaciones por el lucro cesante, es decir, por una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obtención de otro ingreso durante el tiempo que tal trabajo o dedicación al cargo sea exigido, entendiéndose, por la “pérdida o dedicación de un tiempo a una actividad”, cuando se podría haber estado dedicando a otra (STS 12/07/2006). Como características de las indemnizaciones por asistencia a órganos colegiados (artículo 13.6 del ROF y artículo 75.3 de la LRBRL), destacamos las siguientes:*

- La percepción de dicha indemnización lo será por la “concurrencia efectiva a las sesiones”, es decir, el acuerdo del Pleno no puede fijar la percepción de una cantidad de forma fija y periódica, ni obviar la asistencia efectiva de los miembros de la Corporación a dichas sesiones.

- Las sesiones a computar se corresponderán con órganos colegiados que sean de la Corporación y para los que haya sido nombrado como miembro de los mismos.

- Dichas cantidades únicamente podrán ser percibidas por aquellos miembros de la Corporación que no desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva o parcial. No obstante, todos podrán percibir esta clase de indemnizaciones cuando se trate de órganos rectores de Organismos dependientes de la Corporación Local que tengan personalidad jurídica independiente, de Consejos de Administración de Empresas con capital o control municipal o de Tribunales de pruebas de selección de personal (entendiéndose derogado esta última asistencia tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público).

• La cuantía será fijada libremente por el Pleno, si bien deberán tenerse en consideración una serie de aspectos que han sido perfilados por la jurisprudencia, como son:

1) la improcedencia de fijar una cuantía diferenciada a la Alcaldía, o a unos concejales respecto a otros, por su asistencia al mismo órgano colegiado;

2) la necesidad de justificar de una forma legítima y razonable, la determinación de cantidades distintas a percibir por asistencias, dependiendo del órgano colegiado de que se trate.

**SEGUNDA.-** *El artículo 75.5 de la LRBRL prescribe que “Las Corporaciones locales consignarán en sus presupuestos las retribuciones, indemnizaciones y asistencias a que se hace referencia en los cuatro números anteriores, dentro de los límites que con carácter general se establezcan, en su caso. Deberán publicarse íntegramente en el «Boletín Oficial» de la Provincia y fijarse en el tablón de anuncios de la Corporación los acuerdos plenarios referentes a retribuciones de los cargos con dedicación exclusiva y parcial y régimen de dedicación de estos últimos, indemnizaciones y asistencias, así como los acuerdos del Presidente de la Corporación determinando los miembros de la misma que realizarán sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial”. Por otra parte, el artículo 13.4 del ROF dispone que “El Pleno corporativo, a propuesta del Presidente, determinará dentro de la consignación global contenida a tal fin en el Presupuesto, la relación de cargos de la Corporación que podrán desempeñarse en régimen de dedicación exclusiva y, por tanto, con derecho a retribución, así como las cuantías que correspondan a cada uno de ellos en atención a su grado de responsabilidad. El nombramiento de un miembro de la Corporación para uno de estos cargos sólo supondrá la aplicación del régimen de dedicación exclusiva si es aceptado expresamente por aquél, en cuyo caso esta circunstancia será comunicada al Pleno de la siguiente sesión ordinaria”. A la vista de ambos preceptos, resulta evidente que la competencia para determinar el desempeño de cargos con dedicación exclusiva o parcial, está repartida entre dos órganos, el Pleno y el Alcalde-Presidente de la Corporación. Así, se estima que:*

1º) El Pleno de la Corporación es competente para fijar:

• La relación de cargos de la Corporación que se desempeñarán en régimen de dedicación exclusiva o parcial (artículo 13.4 del ROF).

• Las retribuciones a percibir por los miembros de la Corporación con dedicación exclusiva o parcial (artículo 75.5 de la LRBRL y 13.4 del ROF).

• El régimen de dedicación -número de horas, horario en que realizar las funciones, etc.- (artículo 75.5 de la LRBRL).

2º) El Alcalde-Presidente ostenta la competencia de determinar, en el marco establecido por el Pleno, cuáles serán los miembros de la Corporación que realizarán sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial (artículo 75.5 de la LRBRL).

**TERCERA.-** Por último, respecto a la cuestión de si ¿Estarían incluidas las cuotas de la Seguridad Social en el cómputo?

Consideramos que las cuotas de la Seguridad Social no se computarían a los efectos del límite máximo total que pueden percibir los miembros de las Corporaciones Locales por todos los conceptos retributivos y asistencias, al amparo de lo dispuesto en el artículo 75 bis en relación con los artículos 75 LRBRL y 13 ROF, como señalamos al inicio, pues como de ellos resulta en el caso de que los miembros de las Corporaciones Locales desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva, percibirán retribuciones, debiendo ser dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social y asumiendo las Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que correspondan.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

## **SITUACIÓN DE COMPATIBILIDAD DE NUEVO ALCALDE**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### **HECHOS. ANTECEDENTES**

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre el asunto epigrafiado.

“Informe Jurídico sobre la situación de compatibilidad del nuevo Alcalde D.....:

- Es trabajador de Mancomunidad \_\_\_\_\_, a Jornada Completa, Mancomunidad a la que pertenece el Ayuntamiento \_\_\_\_\_.
- Compatibilidad para mantener los dos puestos, el puesto de trabajo y la condición de alcalde.
- Compatibilidad del Salario de Mancomunidad, con la percepción de sueldo por la condición de Alcalde: posibilidad y jornada como Alcalde-Presidente
- Posible autorización por parte de Mancomunidad \_\_\_\_\_ para realizar ambas Funciones Públicas.
- Posibilidad de ser miembro como miembro de Mancomunidad en Asambleas, Juntas de Gobierno”

### **NORMATIVA APLICABLE**

- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas
- Ley 7/1985, 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 39/2015, de 26 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).
- Ley 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales.
- 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 (TRET).

- 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 (TREBEP).
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).
- 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 (ROF).

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**PRIMERA.-** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 75 de la LRBRL y 13 del ROF, los miembros de las Corporaciones Locales tendrán derecho a percibir, con cargo al Presupuesto de la entidad local, las retribuciones e indemnizaciones que le correspondan, en los términos de tales preceptos. De esta manera, el régimen económico de los miembros de las Corporaciones Locales se podría entender configurado por la percepción, de:

*a) Retribuciones derivadas del desempeño del cargo con dedicación exclusiva total o parcial.* En el caso de que los miembros de las Corporaciones Locales desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva, percibirán retribuciones, debiendo ser dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social y asumiendo las Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que correspondan. Dicha percepción resulta incompatible con otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los entes y organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades. Todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículo 75.1 de la LRBRL y artículo 13.1 y 2 del ROF). Por otra parte, los miembros de las Corporaciones Locales que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas, en cuyo caso serán igualmente dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en tal concepto, asumiendo las Corporaciones las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo 74. Dichas retribuciones no podrán superar (artículo 75.2 de la LRBRL) los límites que se fijen, en su caso, en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, y en la actualidad se estará a lo dispuesto en el artículo 18 del Real Decreto-Ley 24/2018, de 21 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público, que actualiza el Régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales, disponiendo

*“Uno. De conformidad con lo previsto en el artículo 75 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, según la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, y considerando lo dispuesto en el artículo 4 del presente real Decreto-Ley, el límite máximo*

*total que pueden percibir los miembros de las Corporaciones Locales por todos los conceptos retributivos y asistencias, excluidos los trienios a los que, en su caso, tengan derecho aquellos funcionarios de carrera que se encuentren en situación de servicios especiales, será el que se recoge a continuación, atendiendo a su población:*

<b>Habitantes</b>	<b>Referencia-Euros</b>
Más de 500.000	106.130,60
300.001 a 500.000	95.517,54
150.001 a 300.000	84.904,46
75.001 a 150.000	79.598,46
50.001 a 75.000	68.985,42
20.001 a 50.000	58.372,36
10.001 a 20.000	53.065,30
5.001 a 10.000	47.759,30
1.000 a 5.000	42.452,24

En el caso de Corporaciones Locales de menos de 1.000 habitantes, resultará de aplicación la siguiente escala, atendiendo a su dedicación:

<b>Dedicación</b>	<b>Referencia-Euros</b>
Dedicación parcial al 75%	106.130,60
Dedicación parcial al 50%	95.517,54
Dedicación parcial al 25%	84.904,46

*Dos. Las cuantías de los límites recogidos en esta disposición incluyen un aumento del 2,25 por ciento respecto de las vigentes a 31 de diciembre de 2018. Asimismo se aplicará el incremento retributivo adicional vinculado a la evolución del PIB que, de acuerdo con el artículo 3.dos, se apruebe para el personal del sector público.”*

Ahora bien, debe tenerse en consideración que los miembros de las Corporaciones locales que sean personal de las Administraciones públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes solamente podrán percibir retribuciones por su dedicación parcial a sus funciones fuera de su jornada en sus respectivos centros de trabajo, en los términos señalados en el artículo 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado sexto del presente artículo. Dicho régimen de dedicación debe ser acordado por el Pleno de la Corporación, indicando de forma general el tiempo de dedicación y las retribuciones aparejadas, debiendo el interesado aceptar el mismo de forma expresa. Circunstancia ésta que será comunicada al Pleno en la siguiente sesión ordinaria (artículo 13.4 del ROF). En el caso de que la dedicación sea parcial, el mencionado acuerdo de Pleno

ha de contener, junto a las retribuciones asignadas, la dedicación mínima necesaria para la percepción de las mismas (artículo 75.2 de la LRBRL). El reconocimiento de la dedicación exclusiva a un miembro de la Corporación exigirá la dedicación preferente del mismo a las tareas propias de su cargo, sin perjuicio de otras ocupaciones marginales que, en cualquier caso, no podrán causar detrimento a su dedicación a la Corporación, y, si tales ocupaciones son remuneradas, se requerirá una declaración formal de compatibilidad por parte del Pleno de la entidad local (artículo 13.3 del ROF). Dicho régimen retributivo queda completado con lo dispuesto en los artículos 75.bis y 75.ter de la LRBRL, limitando éste último el número de cargos públicos de Entidades Locales con dedicación exclusiva.

En su consecuencia al tener el Alcalde, la condición de personal laboral de la Mancomunidad, corresponde a esta realizar la declaración de compatibilidad.

**b) Indemnizaciones por gastos ocasionados en el ejercicio de sus cargos.** Al albor del artículo 75.4 de la LRBRL, todos los miembros de la Corporaciones Locales, con independencia de si desempeñan su cargo con o sin dedicación exclusiva, tendrán derecho a percibir indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que, en desarrollo de las mismas, apruebe el Pleno de la Corporación. Como puntualiza el artículo 13.5 del ROF, dichas indemnizaciones serán en concepto de gastos ocasionados por el ejercicio del cargo cuando sean efectivos, y previa justificación documental. Corresponde al Pleno, a través del correspondiente Reglamento Orgánico Municipal, la determinación del régimen de indemnizaciones por los gastos efectivamente realizados en el ejercicio del cargo, entendiéndose quien suscribe el presente informe que, en defecto de pronunciamiento expreso por el Pleno, puede ser de aplicación lo dispuesto en el RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, en cuanto a su cuantía, régimen de devengo y justificación financiera, al igual que se aplica al personal 3 de las Corporaciones Locales en virtud del artículo 2 del mencionado Real Decreto, por remisión del artículo 75.4 de la LRBRL.

**c) Indemnizaciones (asistencias) por concurrencia a órganos colegiados.** Asimismo, el Pleno de la Corporación es competente para determinar si sus miembros percibirán ciertas cantidades, denominadas “asistencias”, por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de que formen parte. La finalidad de dicha cantidad o indemnización es compensar el trabajo que supone a sus miembros asistir a dichos órganos, correspondiente a la preparación de sesiones y a la asistencia a ellas, y no por un trabajo efectivo en su área de competencia, u otros gastos derivados del ejercicio de su cargo. Así, la jurisprudencia considera que las asistencias son indemnizaciones por el lucro cesante, es decir, por una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obtención de otro ingreso durante el tiempo que tal trabajo o dedicación al cargo sea exigido, entendiéndose, por la “pérdida o dedicación de un tiempo a una actividad”, cuando se podría haber estado dedicando a otra (STS 12/07/2006). Como características de las indemnizaciones por asistencia a órganos colegiados (artículo 13.6 del ROF y artículo 75.3 de la LRBRL), destacamos las siguientes:



- La percepción de dicha indemnización lo será por la “concurrencia efectiva a las sesiones”, es decir, el acuerdo del Pleno no puede fijar la percepción de una cantidad de forma fija y periódica, ni obviar la asistencia efectiva de los miembros de la Corporación a dichas sesiones.

- Las sesiones a computar se corresponderán con órganos colegiados que sean de la Corporación y para los que haya sido nombrado como miembro de los mismos.

- Dichas cantidades únicamente podrán ser percibidas por aquellos miembros de la Corporación que no desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva o parcial. No obstante, todos podrán percibir esta clase de indemnizaciones cuando se trate de órganos rectores de Organismos dependientes de la Corporación Local que tengan personalidad jurídica independiente, de Consejos de Administración de Empresas con capital o control municipal o de Tribunales de pruebas de selección de personal (entiéndase derogado esta última asistencia tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público).

- La cuantía será fijada libremente por el Pleno, si bien deberán tenerse en consideración una serie de aspectos que han sido perfilados por la jurisprudencia, como son:

- 1) la improcedencia de fijar una cuantía diferenciada a la Alcaldía, o a unos concejales respecto a otros, por su asistencia al mismo órgano colegiado;

- 2) la necesidad de justificar de una forma legítima y razonable, la determinación de cantidades distintas a percibir por asistencias, dependiendo del órgano colegiado de que se trate.

***SEGUNDA.-** El artículo 75.5 de la LRBRL prescribe que “Las Corporaciones locales consignarán en sus presupuestos las retribuciones, indemnizaciones y asistencias a que se hace referencia en los cuatro números anteriores, dentro de los límites que con carácter general se establezcan, en su caso. Deberán publicarse íntegramente en el «Boletín Oficial» de la Provincia y fijarse en el tablón de anuncios de la Corporación los acuerdos plenarios referentes a retribuciones de los cargos con dedicación exclusiva y parcial y régimen de dedicación de estos últimos, indemnizaciones y asistencias, así como los acuerdos del Presidente de la Corporación determinando los miembros de la misma que realizarán sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial”. Por otra parte, el artículo 13.4 del ROF dispone que “El Pleno corporativo, a propuesta del Presidente, determinará, dentro de la consignación global contenida a tal fin en el Presupuesto, la relación de cargos de la Corporación que podrán desempeñarse en régimen de dedicación exclusiva y, por tanto, con derecho a retribución, así como las cuantías que correspondan a cada uno de ellos en atención a su grado de responsabilidad. El nombramiento de un miembro de la Corporación para uno de estos cargos sólo supondrá la aplicación del régimen de dedicación exclusiva si es aceptado expresamente por aquél, en cuyo caso esta circunstancia será comunicada al Pleno de la siguiente sesión ordinaria”. A la vista de ambos preceptos, resulta evidente que la competencia para determinar el desempeño de cargos con dedicación exclusiva o parcial, está repartida entre dos órganos, el Pleno y el Alcalde-Presidente de la Corporación. Así, se estima que:*

- 1º) El Pleno de la Corporación es competente para fijar:

- La relación de cargos de la Corporación que se desempeñarán en régimen de dedicación exclusiva o parcial (artículo 13.4 del ROF).

- Las retribuciones a percibir por los miembros de la Corporación con dedicación exclusiva o parcial (artículo 75.5 de la LRBRL y 13.4 del ROF).

- El régimen de dedicación -número de horas, horario en que realizar las funciones, etc.- (artículo 75.5 de la LRBRL).

2º) El Alcalde-Presidente ostenta la competencia de determinar, en el marco establecido por el Pleno, cuáles serán los miembros de la Corporación que realizarán sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial (artículo 75.5 de la LRBRL).

**TERCERA.-** De la lectura del art. 75 de la LRBRL, se desprende que derivado del acuerdo de dedicación exclusiva de un miembro de la Corporación, nace una relación entre éste y la entidad local que podría pensarse va más allá del ámbito puramente político o representativo de su cargo. Relación que viene marcada por dos notas características:

- Desempeño de funciones al servicio de la institución, íntimamente relacionadas con el cargo que ocupa.

- Percepción de retribuciones por el desempeño de las mismas, que conllevará su correspondiente alta en el Régimen General de la Seguridad Social, asumiendo la Corporación el pago de las cuotas empresariales.

A la vista de lo anterior, dichas notas nos hacen evocar las que caracterizan a las “relaciones laborales”, definidas en el art. 1 del TRET. Ahora bien, no se puede hablar de identidad entre ellas, ya que la relación entre un concejal y el Ayuntamiento no se formaliza a través de ningún contrato de trabajo, y la misma no tiene su origen en la mera voluntad de las partes, sino en un proceso electoral que deriva en la toma de posesión de los cargos públicos y la elección de Alcalde, tal y como establece la LOREG, y el art. 40 del ROF, por lo que podría mantenerse que tiene un marcado carácter político, alejándose así de la configuración de la relación laboral, en el sentido previsto en el TRET. Como refuerzo de dicha afirmación cabría invocar el art. 136.2.o) del TRLGSS, que incluye en su ámbito de aplicación y extensión al régimen de la seguridad social, como uno de los supuestos distintos de los trabajadores por cuenta ajena y asimilados, a los miembros de las Corporaciones Locales con dedicación exclusiva o parcial; o incluso la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social que extiende la protección del desempleo a determinados cargos públicos y sindicales, refiriéndose a tales supuestos en su exposición de motivos, de la siguiente manera: *“Aunque los indicados cargos no pueden ser considerados propiamente trabajadores por cuenta ajena, es lo cierto, no obstante, que la situación en que se encuentran los mismos cuando pierden el cargo es bastante similar a la que se encuentra un trabajador por cuenta ajena cuando pierde su trabajo; en ambos casos, la consecuencia inmediata que se produce es que se pierde la retribución que llevaba aparejada la actividad que se venía realizando y se deja de realizar”*. Partiendo

de ello, se podría concluir que al no existir una verdadera relación laboral, a los miembros de la Corporación con dedicación exclusiva no les es directamente de aplicación lo regulado en el TRET. Por otra parte, dado que los miembros de la Corporación no son considerados “empleados públicos”, al albor de lo dispuesto en el art. 8 del TREBEP, tampoco forman parte del ámbito de aplicación de dicho texto normativo. A este respecto destaca el Título Primero del ROF, que regula el “Estatuto de los Miembros de las Corporaciones Locales”, y cuyo Capítulo I se dedica a los “derechos y deberes de éstos”. En particular el art. 11 señala que: “*Son derechos y deberes de los miembros de las Corporaciones Locales los reconocidos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, y los regulados en su desarrollo y aplicación por las disposiciones estatales allí mencionadas, en el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, y por las Leyes de la Comunidad Autónoma correspondiente sobre Régimen Local. En defecto de estas últimas se aplicarán las normas de los artículos siguientes*”. Pues bien, atendidas las normas que regulan dichos derechos, no se encuentran referencias literales y concretas que configuren un régimen aplicable a los miembros de la Corporación, en cuanto a permisos, vacaciones o licencias.

Por lo expuesto, y a pesar de ser un tema controvertido, una importante línea jurisprudencial de la que más abajo nos hacemos eco, entiende que, puesto que es el acuerdo del Pleno el que determina el régimen de dedicación y económico de los miembros de la Corporación (es decir, esa especial relación autoridad-Ayuntamiento), ha de ser el mismo órgano el que prevea los derechos que asisten a éstos respecto de permisos, licencias y vacaciones; ya sea contemplando dicho régimen en el mismo acuerdo de dedicación, o en el Reglamento Orgánico Municipal. En relación al asunto que nos atañe, manifestaba el TSJ de Castilla la Mancha, sala de lo social, en sentencia de 14/01/2010, que: “ (...) *La sentencia del Juzgado, tras señalar en su fundamento segundo que procede la desestimación de la demanda toda vez que como sostuvo la demandada, la relación existente entre el actor y el Ayuntamiento no puede ser incardinada entre aquellas que ostentan naturaleza laboral y ello por cuanto, en primer término dicha relación no cumple con los requisitos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, y además por que conforme al apartado 1 del art. 75 de la Ley 7/1985 (Ley de Bases de Régimen Local) los miembros de las Corporaciones Locales percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, asumiendo las Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, entra luego en el examen de las retribuciones conforme a la referida Ley y al Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre), en que ninguno de los conceptos reclamados entra en lo establecido en los referidos preceptos, añadiendo por último que no le es de aplicación el II Convenio único para el personal laboral de la administración general del Estado por no poder ser considerado personal laboral y desestima la demanda absolviendo a la Entidad demandada (...). 7 TERCERO.- La Sala estima que si no ha habido relación laboral entre el actor y el Ayuntamiento demandado y atendida la índole de lo reclamado, que son cantidades por razón de la relación que les ha unido relativas a disfrute de vacaciones, complemento de IT o diferencias hasta el 100% de la retribución presupuestada e indemnización por razón de su cese, lo que ocurre es que este*

*Orden Social de la Jurisdicción no es competente para el conocimiento de la demanda, debiendo apreciarlo así y abstenerse de entrar en dicho conocimiento remitiendo al actor a que plantee su reclamación ante la jurisdicción competente que se estima es la Contencioso-administrativa por tratarse de un cargo público electo regulado por normas de Derecho Administrativo y sin que nos hallemos ante materia de prestaciones de Seguridad Social, en que si conocería el Orden Social, no siendo posible, dada esa falta de competencia de este Orden Social, entrar en si percibió correctamente o no su retribución conforme a las normas administrativas y presupuestos. Esa falta de competencia no se suple porque el actor alegue que es personal laboral y que le es de aplicación el II CUAGE, sino que si no hay relación laboral y no se reclaman prestaciones de Seguridad Social, se carece de competencia para conocer y es la jurisdicción Contenciosa la competente para examinar y decidir si le es de aplicación el II CUAJE por razón de alguna disposición o acuerdo administrativo o si le corresponden o no las cantidades que reclama por razón de algún tipo de indemnización por el cese, por vacaciones no disfrutadas y por diferencias retributivas durante situación de baja por enfermedad (que además no se reclaman como prestación sino como complemento de Convenio o como diferencias retributivas según lo presupuestado y actos previos). Por lo demás, se estima es claro que no hubo relación laboral porque aunque haya prestación de unos servicios y una retribución, no se da la dependencia que exige el artículo 1 del ET, no tratándose tampoco de ninguna relación laboral especial que exige una previsión normativa de tal que no se da y no quedando comprendido en modo alguno en el artículo 11 del Estatuto Básico del Empleado Público. Incluso, el legislador lo tiene tan claro que así lo indica, por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos, en la que indica que precisamente porque no pueden ser considerados propiamente trabajadores por cuenta ajena y dadas las razones que le llevan a extenderles la protección de seguridad social, lo que hace es por medio de una Ley establecerlo en los preceptos correspondientes". En el mismo sentido, el TSJ de Castilla León, sala de lo social, en Sentencia 151/2012, de 8 de marzo, al referirse al art. 75 de la LRBRL, concluyó: "(...) La sola lectura del texto citado pone de manifiesto que se trata de un derecho ajeno a su condición de trabajador, y supeditado de forma exclusiva a su condición de miembro de la Corporación Local. De ahí que se establezca que será el Pleno de la Corporación el que decidirá la relación de cargo que podrán desempeñar en régimen de dedicación exclusiva y con retribución en sus funciones. Ello supone, por tanto, un acuerdo de un órgano administrativo, sujeto a Derecho Público, que actúa con arreglo al procedimiento administrativo, aplicando normas de Derecho Administrativo. Tal acto administrativo, es absolutamente ajeno a su condición de trabajador y, por supuesto, es ajeno al orden laboral, pues a través de dicho acto puede reconocerse o denegarse el derecho a la dedicación exclusiva a cualquier concejal, sea o no trabajador del Ayuntamiento, y aquél puede impugnarlo únicamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa". A la vista de lo todo lo anterior, se emiten las siguientes*

**CUARTA.-** De la posible concurrencia de una causa de incompatibilidad derivada de la legislación de régimen electoral.

En lo que se refiere a la concurrencia de una causa de incompatibilidad para ser concejal (Alcalde), la legislación básica de régimen local se remite a lo dispuesto en la legislación de régimen electoral.

Así, esta remisión expresamente se contiene en el artículo 73.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación a los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad.

La ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, dispone en su artículo 178.2.b) que son incompatibles “Los directores de servicios, funcionarios o restante personal activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él.”

El resto de causas de inelegibilidad e incompatibilidad las obviamos por no tener relación con la cuestión planteada.

La aplicación de cualquier causa de incompatibilidad debe ser efectuada conforme a un principio general de nuestro derecho, conforme al cual las normas prohibitivas o limitativas de derecho –entre las que se encuentran las causas de incompatibilidad para ser concejal- deben ser interpretadas restrictivamente sin que quepa su aplicación extensiva o analógica. Este principio general rige en la aplicación, por ejemplo, de las prohibiciones para contratar con las Administraciones Públicas, para ser beneficiarios de subvenciones, como por ejemplo las establecidas en el artículo 13.2 de Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y en el artículo 71 de Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

En este sentido, son numerosos las resoluciones judiciales y los acuerdos de la Junta Electoral Central.

Así, Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1984 o la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2002, en relación a la incompatibilidad del cargo de concejal y del director de una escuela taller.

La Junta Electoral Central en numerosos acuerdos alude a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, conforme a la cual en materia de incompatibilidades debe hacerse una interpretación restrictiva, por todos, acuerdo de 15 de julio de 1998 o acuerdo de 15/9/2011, a cuyo tenor:

*“(…)Conviene recordar también que la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2002 ha declarado que las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en cuanto excepciones a 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 de Concejal, preservándole de influencias ajenas al interés público que pudieran contaminar la toma de decisiones.”*

Teniendo en cuenta el tenor literal del art. 178.2 b) de la LOREG y el criterio de interpretación restrictiva, la cuestión a dilucidar es si concurre o no causa de incompatibilidad para ser concejal que es a su vez personal laboral de una Mancomunidad en la que está integrado el municipio de su Presidencia.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la causa radicaría en la existencia de una relación de dependencia entre el Ayuntamiento y la entidad en la que presta

servicios el concejal (Alcalde), dependencia que a nuestro juicio no existe, toda vez que no es de aplicación la causa de incompatibilidad del artículo 178.2.b) de la LOREG ya que la Mancomunidad, como entidad supramunicipal tiene personalidad jurídica propia independiente del Ayuntamiento a que se refiere el presente, no existiendo por esa circunstancia relación de dependencia entre ambas entidades locales, por la autonomía de ambas instituciones.

En relación a personal de Mancomunidades que a su vez son concejales de un municipio que la integra se han dictado numerosos Acuerdos de la Junta Electoral, como el Acuerdo recaído en sesión de la Junta Electoral Central de 15/09/2011, núm. Expediente: 251/457:

*“(...) La función de la Junta Electoral Central debe limitarse a la interpretación de las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG) o en su normativa de desarrollo. 3.º) Es doctrina de esta Junta que no concurre causa de incompatibilidad con la condición de Concejal en el personal al servicio de las Mancomunidades supramunicipales porque, por su carácter supramunicipal, no son establecimientos dependientes de los Ayuntamientos (Ac. 2 de junio de 1997 y 15 de marzo de 1999 y 15 de febrero de 2000), (...)”*

También la Junta Electoral Central ha limitado la causa del artículo 178.2.b) al personal del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él y no a personal de entes supramunicipales (acuerdos de 11 de enero y 12 de abril de 1991).

Tampoco ha considerado existencia de causa de incompatibilidad con la condición de concejal en los funcionarios al servicio de la Diputación provincial (Ac. de 4 de febrero de 1999 y 15 de octubre de 2001) o en concejal que desempeña puestos de trabajo en la oficina de recaudación dependiente de la Diputación provincial no siendo de aplicación ni el apartado b) ni el d) del art. 178.2 LOREG (Ac. 23 de enero de 1998).

La Junta Electoral Central, para apreciar relación de dependencia, acude a la circunstancia de integración en la plantilla o del Ayuntamiento o de sus entidades dependientes, lo que no sucede en el supuesto del empleado de la Mancomunidad; así, Acuerdo de Sesión de la Junta Electoral Central de 15/09/2011, número de expediente 251/494:

*“(...)3.º) Es doctrina de esta Junta que la incompatibilidad se aplica a las personas contratadas por la Corporación local, si es éste el que abona su retribución (Ac. 4 de abril de 1991). La no incorporación a la plantilla del Ayuntamiento no genera la incompatibilidad siempre que concurra con la condición de que no sea el propio Ayuntamiento el que le abone la retribución (Ac 10 de julio de 2003, de 4 de octubre, 15 de noviembre de 2004). La temporalidad de la contratación en el caso planteado, no impide el surgimiento de la incompatibilidad siendo lo determinante la incorporación a la plantilla del Ayuntamiento y que sea éste quien abone la retribución”*

Para determinar la dependencia o no de una entidad respecto de un Ayuntamiento –pero no entre éste y una Mancomunidad- bien podrían valen los criterios recogidos en el art. 2 del Real Decreto 1.463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales.

Para el supuesto de que el Ayuntamiento acordara que existe una causa de incompatibilidad y, tras dar el derecho de opción a la concejal a continuar en su cargo o a permanecer en la causa que dio lugar a su incompatibilidad, ésta optara por el cargo de concejal, nacerían consecuencias para la Mancomunidad ya que, según, el artículo 178.4 de la LOREG el funcionario o empleado que opta por el cargo de concejal (Alcalde) 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.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** La relación que surge entre los miembros de las Corporaciones Locales que desempeñan su cargo con dedicación exclusiva o parcial, y la Administración que acuerda dicho régimen, no tiene naturaleza laboral, sino política, dado que la misma nace de un proceso electoral enmarcado en la LOREG, con extensión, entre otras normas, a la LRBRL y al ROF.

**SEGUNDA.-** Dado que no existe en la normativa en vigor que es de aplicación a dichos miembros de la Corporación, una regulación específica de los derechos que les asisten en materia de permisos, vacaciones o licencias, para determinar los mismos se habrá de estar a lo recogido en el acuerdo del Pleno sobre dedicación exclusiva o parcial de los mismos, o, en todo caso, a lo que pueda prever al respecto el Reglamento Orgánico Municipal.

**TERCERA.-** Conforme a los criterios de la Junta Electoral Central y la interpretación restrictiva de una causa de incompatibilidad no existe incompatibilidad de un concejal, en este caso Alcalde, por el hecho de prestar servicios en la Mancomunidad.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.





## COMPATIBILIDAD DEL CARGO DE CONCEJAL CON PUESTO DE TRABAJO COMO PERSONAL LABORAL TEMPORAL DEL AYUNTAMIENTO

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### HECHOS. ANTECEDENTES

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre Informe sobre compatibilidad de concejal de la nueva corporación, que es trabajador del Ayuntamiento, contrato de un año, financiado íntegramente por Ayuntamiento (contrato previa oferta Sexpe), puesto de cocinera del Hogar Pisos tutelados, puesto existente en plantilla.

### LEGISLACIÓN APLICABLE

- Constitución Española de 1978
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General
- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público
- Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL)
- Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).
- Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 ( Ratificada el 20-01-1988) (CEAL)
- Real Decreto 2568/86, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).

### FONDO DEL ASUNTO

**PRIMERO:** Señalar que el artículo 178.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) establece respecto a los miembros de las Corporaciones locales lo siguiente:

*“2. Son también incompatibles:*

*b) Los directores de servicios, funcionarios o restante **personal activo del respectivo Ayuntamiento** y de las entidades y establecimientos dependientes de él.”*

De la dicción de este precepto extraeríamos como primera conclusión la incompatibilidad de este concejal para ser contratado en régimen de contratación temporal por el Ayuntamiento.

Para centrar la estricta cuestión y poder dar una opinión sobre el supuesto de hecho planteado, recordemos que el puesto de trabajo como cocinera en los pisos tutelados y que dicha selección fue realizada por el SEXPE dentro de una subvención del SEPAD donde si concretar nada en la documentación aportada por Ayuntamiento se deduce que el Ayuntamiento asume la mayor parte de los costes laborales de la contratación .

Tal circunstancia de no onerosidad de los puestos de trabajo para las arcas municipales nos lleva al acuerdo de la Junta Electoral Central 251/460, de 15 de septiembre de 2011: *“... El artículo 178. b) de la LOREG establece que es incompatible con la condición de Concejal el ser «funcionario o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las Entidades y establecimientos dependientes de él». Interpretando dicho precepto, la Junta Electoral Central ha declarado con carácter general que existe incompatibilidad con la condición de Concejal en las personas que prestan servicios laborales a la propia Corporación Local, si bien, en determinadas condiciones, el Pleno de la Corporación Local podría apreciar que no se produce dicha incompatibilidad cuando el personal contratado no se incorpora a la plantilla del Ayuntamiento, y se trata además de servicios eventuales de corta duración financiados con fondos ajenos al municipio, tales como obras o trabajos de interés social con subvenciones de los servicios públicos de empleo, o empleo comunitario rural de trabajadores eventuales agrícolas , o trabajos temporales de colaboración social realizados por perceptores de prestaciones de desempleo (artículo 213.3 de la Ley General de la Seguridad Social). Ha de tenerse en cuenta, en todo caso, que el contratado no puede convertirse tampoco en contratista de la Corporación Local, supuesto éste de incompatibilidad expresa, conforme a lo dispuesto en el artículo 178.2.d) de la LOREG. Conviene recordar también que la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2002 ha declarado que las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en cuanto excepciones a 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 de Concejal, preservándole de influencias ajenas al interés público que pudieran contaminar la toma de decisiones”.*

En el Acuerdo de la JEC Núm. 67/2009 de 26/03/2009, al tratar la posible incompatibilidad de concejala contratada por el Ayuntamiento dentro de un Plan de Subvenciones de la Junta de Extremadura, la Junta Electoral Central, recuerda 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 obras de corta duración y financiadas con fondos ajenos al Ayuntamiento.**

Mas reciente mediante Acuerdo de 25 de marzo de 2015 JEC reitera lo indicado anteriormente , empleando los siguientes términos:

*“1. No corresponde a esta Junta proceder al enjuiciamiento de situaciones concretas producidas dentro del ámbito de competencias de las Corporaciones Locales, como sucede*

respecto del examen de incompatibilidades en que puedan incurrir los miembros de las mismas, que es competencia del Pleno de la correspondiente Corporación, máxime cuando carece de información suficiente para resolver dichas cuestiones.

2. La función de la Junta debe limitarse a la interpretación de las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General o en la normativa de desarrollo de ésta.

3. 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”.**

A mayor abundamiento y en defensa de la posición que ha mantenido la Junta Electoral Central, podemos citar la Sentencia 29/2014 del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 1 de Badajoz, de 25.02.2014, en la que se falla a favor de la compatibilidad del cargo de concejal con aquellos puestos que por su carácter temporal y por su ámbito de desempeño **no generan un conflicto entre el interés público** que implica la concejalía y el privado propio de un trabajador.

Por otra parte desde el punto de vista jurisprudencial también existen sentencias en sentido contrario a los criterios manifestados por la Junta Electoral Central en el presente informe en concreto La Sentencia del TSJ Andalucía de Málaga, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de octubre de 2010 en dicha sentencia analizaba la legalidad del nombramiento de una concejala como alumna de una escuela-taller de empleo. El TSJ, de manera clara indica que hay incompatibilidad porque “(...) sin desconocer que en materia de incompatibilidades en el desempeño de un cargo público, la interpretación ha de ser restrictiva a fin de dar mayor efectividad a lo dispuesto en el art. 23 de la Constitución, al haberse pronunciado el T.S. en sentencia de 26 de abril de 2002 en un supuesto análogo al actual (...)” Según dicha Sentencia del TS “el cargo de Concejal es incompatible con el de Director de la Escuela al considerar la documentación obrante en autos, entre la que figura el contrato de trabajo concertado por dicho Ayuntamiento, representado por su Alcalde, como empresa, y por el trabajador, que tiene como objeto la prestación de servicios, con la categoría profesional de Director en Escuela Taller.”

Siguiendo el Criterio de la Junta Electoral Central manifestada a lo largo de este informe deberá ser el Ayuntamiento Pleno, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado mediante Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, quien, tras valorar la situación y circunstancias concurrentes en el supuesto sometido a consideración, declare la compatibilidad o incompatibilidad del trabajador con la prestación de sus servicios laborales para el Ayuntamiento y el desempeño del cargo de Concejal. Entendiendo el que suscribe que en la

circunstancias de hecho que nos plantea el Ayuntamiento existe un problema para que el Pleno pueda declarar la compatibilidad puesto que no se acredita en la documentación aportada quien financia el contrato siendo este hecho de suficiente relevancia para no poder pronunciarme en un sentido u otro entiendo el que suscribe al igual que lo ha hecho y justificado la Junta Electoral Central que si se dan los tres requisitos que se describen a continuación no habría problema para declarar la compatibilidad, estos son :

*-Que el interesado no se incorpora a la plantilla de personal del Ayuntamiento.*

*- Que se trate de obras de corta duración financiadas con fondos ajenos al Ayuntamiento.*

*-Que en el proceso de selección no haya intervenido el Ayuntamiento.*

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 advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

## NÚMERO DE TENIENTES DE ALCALDE Y CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA DE GOBIERNO LOCAL

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### HECHOS. ANTECEDENTES

Escrito de la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

*“Tratándose de un municipio de menos de 200 habitantes, si el Ayuntamiento tiene 5 concejales entiendo que, en principio, sólo es posible un teniente de Alcalde, dado que un tercio de concejales, sería uno sólo ¿es así? ¿O pueden nombrarse más? ¿Y sería posible constituir Junta de Gobierno Local?”*

*Si bien es cierto que el Ayuntamiento tiene 5 Concejales, en principio, sólo es posible designar un Teniente de Alcalde, dado que un tercio de Concejales sería uno sólo, el acuerdo plenario por el que se decide crear la Junta de Gobierno Local daría cobertura a la aplicación del artículo 46.2. ROF, que dispone que en los municipios con Junta de Gobierno Local el número de Tenientes de Alcalde no podrá exceder del número de miembros de aquélla, siendo el número mínimo tres; esto es, el Alcalde y dos tenientes de Alcalde.*

### NORMATIVA APLICABLE

- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales -ROF-

### CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**PRIMERA.-** El artículo 23 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), establece en su apartado primero que:

*«La Junta de Gobierno Local se integra por el Alcalde y un número de Concejales no superior al tercio del número Legal de los mismos, nombrados y separados libremente por aquel, dando cuenta al Pleno».*

En relación con los **Tenientes de Alcalde**, el apartado tercero del precepto señala que *«Los Tenientes de Alcalde sustituyen, por el orden de su nombramiento y en los casos de vacante, ausencia o enfermedad, al Alcalde, siendo libremente designados y removidos por*

éste de entre los miembros de la Junta de Gobierno Local y, donde ésta no exista, de entre los Concejales».

Ello significa que es necesario que los Tenientes de Alcalde que se nombren sean miembros de la Junta de Gobierno.

Por lo demás la regulación que opera el legislador estatal sobre la Junta de Gobierno Local (antigua Comisión de Gobierno) viene, principalmente, recogida en el RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales -ROF-

Así, el artículo 46.1 (ROF) dispone lo siguiente:

*«1. Los Tenientes de Alcalde serán libremente nombrados y cesados por el Alcalde de entre los miembros de la Comisión de Gobierno y, donde ésta no exista, de entre los Concejales.*

*Los nombramientos y los ceses se harán mediante resolución del Alcalde de la que se dará cuenta al Pleno en la primera sesión que celebre, notificándose, además, personalmente a los designados, y se publicarán en El Boletín Oficial de la Provincia, sin perjuicio de su efectividad desde el día siguiente de la firma de la resolución por el Alcalde, si en ella no se dispusiera otra cosa.*

*2. En los Municipios con Comisión de Gobierno el número de Tenientes de Alcalde no podrá exceder del número de miembros de aquella. En aquellos otros en que no exista tal Comisión, el número de Tenientes de Alcalde no podrá exceder del tercio del número Legal de miembros de la Corporación. A los efectos del cómputo no se tendrán en cuenta los decimales que resulten de dividir por tres el número total de Concejales.*

*3. La condición de Teniente de Alcalde se pierde, además de por el cese, por renuncia expresa manifestada por escrito y por pérdida de la condición de miembro de la Comisión de Gobierno.»*

**SEGUNDA.-** Y en relación con la composición de la Junta de Gobierno, el artículo 52.2 de este Real Decreto señala que *«El número de Concejales a los que el Alcalde puede nombrar miembros de la Comisión de Gobierno, **no podrá ser superior al tercio del número Legal de miembros de la Corporación.** A los efectos del cómputo no se tendrán en cuenta los decimales que resulten de dividir por tres el número total de Concejales.»*

Por tanto, partiendo de dicha premisa, vemos que, para un municipio con 5 miembros corporativos de derecho, el tercio, sería 1,66 concejales, pero, como señala expresamente el precepto en su último inciso, no deben computarse los decimales, lo que supone que el número máximo de concejales, aparte del Alcalde, deben ser 1. Por lo que, en base al tenor literal del citado artículo, que exige que para el cómputo se tenga en cuenta el número total de miembros corporativos del Ayuntamiento (sin excluir al Alcalde), estaríamos ante un total de 2 miembros (concejal y Alcalde), para formar la Junta de Gobierno Local.

Es decir, si el Ayuntamiento tiene 5 Concejales y no cuentan con Junta de Gobierno local, el tercio del número Legal de miembros, sin contar los decimales, es 1. Ello significa que en dicho Municipio **se podrá nombrar únicamente 1 Teniente de Alcalde.**

Además significa que si se constituye Junta de Gobierno Local estará integrada únicamente por 1 miembro, además del/de la Alcalde/sa.

**TERCERA.-** Por otro lado, si estamos ante un Ayuntamiento de menos de 5.000 habitantes, en los cuales no es preceptiva la constitución de una Junta de Gobierno Local ( art. 46 LRBRL), en caso de que la Corporación decida constituir-la, ésta deberá acomodarse al régimen de funcionamiento que los artículos 52 y 53 ROF determinan, de forma que deberá procederse al cómputo del número máximo de miembros del citado órgano según prevé el artículo 52 ROF. Ahora bien teniendo en cuenta que el régimen de funcionamiento de este órgano se regula en los artículos 112 y 113 ROF, y comoquiera que el artículo 113.1 dispone en su letra c): *“Para la válida constitución de la Comisión de Gobierno se requiere la asistencia de la mayoría absoluta de sus componentes. Si no existiera quórum, se constituirá en segunda convocatoria, una hora después de la señalada para la primera, siendo suficiente la asistencia de la tercera parte de sus miembros y, en todo caso, un número no inferior a tres”.*

## CONCLUSIÓN

Según lo expuesto, y como nos indica el artículo 46.2 del ROF, en los Municipios con JGL el número de Tenientes de Alcalde no podrá exceder del número de miembros de aquella.

En aquellos otros en que no exista tal JGL, el número de Tenientes de Alcalde no podrá exceder del tercio del número Legal de miembros de la Corporación es decir en un Municipio de 5 Concejales el número máximo de Tenientes de Alcalde será de 1.

Por lo anterior debemos llegar a la conclusión que no es posible la creación de la Junta de Gobierno Local en el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, habida cuenta que al ser el número de sus posibles componentes el de 2 (Concejal mas Alcaldesa), y comoquiera que para su válida constitución (art. 113.1.c) ROF) y en todo caso, sea en primera o en segunda convocatoria, el número de asistentes no puede ser inferior a tres, no es posible su existencia en ese municipio.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.





## GRABACIÓN DE SESIONES

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### HECHOS. ANTECEDENTES

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre el asunto epigrafiado.

Durante la celebración de la sesión de organización de la nueva Corporación el pasado día 12 de julio de 2019 se intenta la grabación del Pleno sin que haya reglamento orgánico que lo regule ni se haya acordado por el Pleno.

Por ello, ante la posibilidad de que esta situación vuelva a surgir en las próximas sesiones del Pleno, solicitamos asesoramiento al respecto, concretamente:

¿Se puede grabar el Pleno por el público asistente sin la autorización del Pleno o Presidente de éste?

¿Quién es el órgano encargado para realizar esta autorización?

¿Se puede aprobar la grabación y posterior difusión en redes sociales? ¿Por particulares o a través de cuentas que representen a la Institución?

### NORMATIVA APLICABLE

- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

- Real Decreto 2568/1986 de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen Jurídico de las entidades locales (ROF).

- Ley 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

### CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**PRIMERA.-** En cuanto a **la grabación de los Plenos** debemos señalar que, en relación con la publicidad de las sesiones Plenarias, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local en su artículo 69 establece: *«1. Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local.»*

*2. Las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de auto organización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley».*

El artículo 70 de la misma Ley dispone: *«1. Las sesiones del Pleno de las corporaciones locales son públicas. No obstante, podrán ser secretos el debate y votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así se acuerde por mayoría absoluta. (...)*

*2. Los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la Ley».*

En sentido similar, el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen Jurídico de las entidades locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986 de 28 de noviembre, en su artículo 88 establece:

*«1. Serán públicas las sesiones del Pleno. No obstante, podrá ser secreto el debate y la votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución Española, cuando así se acuerde por mayoría absoluta.*

*2. Para ampliar la difusión auditiva o visual del desarrollo de las sesiones podrán instalarse sistemas megafónicos o circuitos cerrados de televisión».*

También el artículo 227.1 del ROF establece: *«Las sesiones del Pleno son públicas, salvo en los casos previstos en el artículo 70.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril».*

Y, según el artículo 229 del ROF: *«1. Las convocatorias y órdenes del día de las sesiones del Pleno se transmitirán a los medios de comunicación social de la localidad y se harán públicas en el Tablón de Anuncios de la entidad.*

*2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, la Corporación dará publicidad resumida del contenido de las sesiones Plenarias y de todos los acuerdos del Pleno y de la Comisión de Gobierno, así como de las resoluciones del Alcalde y las que por su delegación dicten los Delegados.*

*3. A tal efecto, además de la exposición en el Tablón de Anuncios de la entidad, podrán utilizarse los siguientes medios:*

*a) Edición, con una periodicidad mínima trimestral, de un Boletín informativo de la entidad.*

*b) Publicación en los medios de comunicación social del ámbito de la entidad».*

Rige, por tanto, **el principio de publicidad de las sesiones del Pleno, que podrá hacerse efectivo a través de cualquiera de los medios de comunicación social, incluido Internet.**

Por su parte, en relación con la **grabación de las sesiones Plenarias, no existe ni prohibición expresa ni general para que las sesiones puedan ser grabadas.** Del ca-

rácter público de las sesiones sólo se deduce el derecho general de todo el mundo a asistir físicamente, pero no el derecho a la grabación de la sesión. Ni tampoco el contrario. El artículo 88.2 posibilita la instalación de megafonía o circuitos cerrados de televisión para ampliar la difusión. Pero este no es un derecho subjetivo. **Se trata de una posibilidad que debe estar articulada.** Es por ello que, a falta de regulación expresa en el Reglamento Orgánico Municipal, la situación recae en la competencia del señor Alcalde como Presidente de la sesión y éste, a nuestro entender, sólo puede prohibir la grabación particular (de un ciudadano o de un Concejal) fundada en motivos de obstrucción o alteración del normal desenvolvimiento de la sesión, en la medida en que las máquinas grabadoras interfieran o dificulten o coarcten la libertad de los Concejales.

Sin embargo si eso no ocurre no existe motivación Jurídica alguna para decidir su prohibición.

En cuanto al hecho de **denegar la grabación de la Sesión Plenaria**, cabe señalar que la potestad para denegar o facilitar la grabación de las sesiones corresponde al Alcalde y al propio Pleno. Así, lo establece el **Tribunal Supremo en su Sentencia (de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta), de 18 de junio de 1998**, relativa a la impugnación de un acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento por el que se prohibía durante las sesiones de dicho Pleno, la utilización de grabadoras para reproducir el tenor literal de las deliberaciones, prohibición formulada de forma que afectaba tanto a los vecinos asistentes a los Plenos como a los Concejales que lo integran). Por su relevancia, transcribimos a continuación sus Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero: *«Segundo: (...) que siendo las primeras autoridades en el ente local dotado de autonomía el Alcalde y el Pleno del Ayuntamiento, debe reconocerse a estas autoridades una potestad de policía interna para ordenar el desarrollo de las sesiones del Pleno. Esta declaración se apoya por otra parte en la doctrina Jurisprudencial anterior de esta Sala sobre la materia. Así es de tener en cuenta que, si bien en el contexto de un proceso que versaba sobre derechos fundamentales, la sentencia de esta Sala de 8 de noviembre de 1984 declaró que la permisión o prohibición del uso de grabadoras en las sesiones formaba parte de las potestades de policía interna de las autoridades Municipales. Por otra parte, recogiendo esta doctrina y con mayor amplitud y profundidad, llegó a la misma conclusión nuestra Sentencia de 18 de diciembre de 1990 que resolvió el caso entonces planteado en el sentido de entender de igual modo que la permisión o prohibición al respecto era una potestad de policía interna.*

*A estas declaraciones debemos atenernos no sin considerar que es cosa distinta, sobre todo en el ámbito de un pequeño Municipio rural, usar las grabadoras para fines personales (diferentes de la eventual grabación para constancia oficial por el Secretario del Ayuntamiento) y permitir el uso de megafonía o de circuitos cerrados de televisión, como hace el artículo 88.2 ROFCL, permisión ésta que se refiere al acceso a las deliberaciones mientras se están celebrando y no desde luego a la grabación de esas deliberaciones para su posible reproducción posterior.*

*Tercero: De los razonamientos anteriores se deduce que a juicio de esta Sala permitir o prohibir el uso de grabadoras en las sesiones del Pleno entra dentro del ámbito de las potesta-*

*des de policía del Alcalde y del propio Pleno respecto al desarrollo de las sesiones. Pero, por más que esas potestades tengan amplios elementos discrecionales cuando se trata de concretarlas en actos administrativos, desde luego esta Jurisdicción puede revisar si el uso de esa potestad ha sido conforme a Derecho.*

*En el caso de autos se entiende que deben acogerse las alegaciones del Ayuntamiento y que en consecuencia hay que pronunciarse en el sentido de que el uso de las grabadoras no está contemplado en el artículo 88 ROFCL y que la prohibición de dicho uso en el caso de autos tratándose de un pequeño Municipio rural, con las relaciones de inmediatez existentes entre los vecinos, no es contraria al ordenamiento Jurídico».*

Entendemos que esto mismo es aplicable por su similitud para el caso de grabación de video. (Por tanto, la grabación de las sesiones del Pleno requerirá acuerdo del mismo o su previsión en el correspondiente Reglamento Orgánico para su posterior difusión pública).

En el caso de que se permita la grabación para, por ejemplo, su posterior publicación, hay que tener en cuenta que ésta puede contener datos de particulares sometidos a la protección de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, por lo que, en este caso, y de conformidad con el artículo 6 de esta Ley, será necesario el consentimiento del afectado, a través de su manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa. Así, lo entiende la Agencia española de protección de datos (AEPD), que mantiene que el carácter público de las sesiones del Pleno «no implica que la información objeto de debate en dicho Pleno pueda ser divulgada por cualquiera de los asistentes al mismo, y menos aún, por aquellas personas que, por su condición de miembros del Pleno, tenga la obligación de guardar secreto por razón de su cargo» (AEPD 198/2007, dictada en procedimiento número AAPP/00090/2006). También en la **Resolución 394/2006**, dictada en el procedimiento 33/2005 concluye que: «es evidente la existencia, al menos de una falta de diligencia Plenamente imputable al Ayuntamiento por haber publicado los datos personales del denunciante en Internet, a través de difundir un acta de la Comisión de Gobierno, lo que constituye una vulneración del artículo 6.1 de la LOPD, lo que supone una infracción tipificada como grave en el artículo 44.3 d) de la LOPD».

En su **Sentencia de (la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta), de 18 diciembre de 1990** establecía que la facultad de utilizar el derecho a la información «era privativa de los profesionales de la información, porque es a éstos a quienes no se les puede privar en el ejercicio de sus funciones de lo que es normal, ordinario y usualmente un imprescindible elemento de trabajo y, desde el mismo punto de vista, la más absoluta garantía de la veracidad de la información que la Constitución demanda».

Más recientemente, la **Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima), de 11 de mayo de 2007**, (en su Fundamento de Derecho Primero) establece: «entiende la Sala que los acuerdos de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Pilar de la Horadada impugnados contrarían los derechos fundamentales invocados y deben por ello ser declarados nulos y declarado, así

*mismo, el derecho de la actora a la acceso en condiciones de igualdad a la grabación de las sesiones Plenarias del Ayuntamiento.*

*Ello es así en cuanto que dichos acuerdos restringen de manera injustificada el derecho de la actora a la obtención y difusión de información de interés general, sometiendo dicha obtención y difusión al control previo que supone el que el único acceso a la misma sea a través de un servicio Municipal que graba y reparte posteriormente la grabación a los medios de comunicación.*

*La limitación del acceso a la información de las actuaciones administrativas tiene serias limitaciones -tanto en el nivel constitucional como Legal- sobre la base, fundamentalmente, de los derechos individuales de los ciudadanos afectados por el expediente administrativo y por la Legislación sobre secretos oficiales; sin embargo, las sesiones Plenarias de los Ayuntamientos son públicas y —salvo en casos puntuales en los que, en aplicación de las limitaciones citadas, pudieran declararse formal y motivadamente reservadas— no hay restricción alguna al derecho de la ciudadanía a su directo e inmediato.*

*De entre esos medios de acceso de la ciudadanía destacan iniciativas como la de la mercantil demandante de permitir la emisión televisiva de la sesión Plenaria, pues implica tanto como la presencia en el Pleno de la totalidad de los vecinos que tuvieran interés en ello y que —por las naturales limitaciones de espacio— no podrían normalmente acceder a ello.*

*La limitación del acceso de las cámaras —la cual no se funda por la Administración en razones de concurrencia de múltiples medios de comunicación que hiciera imposible el acceso de todos por razones físicas y que obligara a la supeditación a un sistema de acreditaciones o de puesta en común de la toma de imágenes— implica una suerte de censura previa de la obtención de la información, privando de esta manera no sólo al medio de comunicación demandante de su derecho fundamental, sino obstando también el derecho a la información de los vecinos.*

*No puede perderse —en este punto— la perspectiva de que el ejercicio de los derechos de información y participación de los ciudadanos en el ámbito político y administrativo se funda —en un extremo esencial— en la libertad de información y que ella se actúa primordialmente a través de los medios de comunicación independientes y no administrativizados, por lo que cualquier género de limitación o censura en la obtención de la información —cuál es el caso— se convierte en una conculcación de los principios informadores de estas libertades, esenciales para el funcionamiento del sistema constitucional democrático, y en particular (y en lo que a éste proceso hace, pues en él debe de resolverse la demanda de la mercantil actora) de los derechos fundamentales de los informadores, garantes en definitiva de ese sistema».*

**SEGUNDA.-** Al hilo de lo señalado en el apartado anterior, conviene incidir en que si bien el artículo 88 ROF prevé la posibilidad de utilizar sistemas megafónicos o circuitos cerrados de televisión con la finalidad de ampliar la difusión auditiva o visual del desarrollo de las sesiones, pero nada dice acerca de la utilización de grabadoras en las sesiones por parte de los Concejales integrantes de la Corporación o por parte del público asistente a las mismas.

Dado que existe una laguna legal al respecto, habrá que acudir a la jurisprudencia para resolver la cuestión. Así, el TS, entre otras, en la sentencia de 18.12.1990 y en la de 18.06.1998 estableciendo que, en virtud del principio de autonomía municipal reconocido en los artículos 137 y 140 CE la potestad de policía interna para ordenar el desarrollo de las sesiones corresponde al Alcalde.

En cualquier caso, considera el TS que, si bien la denegación de la utilización de grabadoras se incardina en el ámbito de policía del Alcalde y del propio Pleno, en virtud de una potestad que cuenta con amplios elementos discrecionales, en cuanto dicha potestad se plasme en actos administrativos, estos serán fiscalizables judicialmente para comprobar la adecuación a Derecho del uso de la citada potestad.

No obstante lo anterior, los Tribunales han tenido ocasión de resolver una variante a la cuestión planteada, que consistió en determinar si era o no ajustado a Derecho el acuerdo municipal mediante el que se encomendaba en exclusiva a los servicios municipales la grabación en video de las sesiones, estableciéndose la prohibición de acceder e instalar en el salón de sesiones del pleno municipal dispositivos de grabación en video o transmisión de señal audiovisual diferentes a los instalados por el propio Ayuntamiento, si bien se preveía en el mismo acuerdo que se facilitarían copia del video de las sesiones plenarias a los medios de comunicación que lo solicitasen.

El TS en sentencia de 11.05.2007 consideró que la resolución citada vulneraba el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información, ya que dicho ejercicio no tiene otros límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución. En este sentido, entendió que el acuerdo impugnado restringía de manera injustificada el derecho a la obtención y difusión de información de interés general, al someterlos al control previo que supone el que el único acceso a la misma sea a través de un servicio municipal que graba y reparte posteriormente la grabación a los medios de comunicación.

Por último, estableció que, al ser públicas las sesiones del Pleno, la limitación al acceso de las cámaras únicamente pudiera estar justificado en los supuestos en que existiesen derechos individuales de los ciudadanos afectados por el expediente administrativo o por la legislación sobre secretos oficiales, o en aquellos supuestos en que la concurrencia de múltiples medios de comunicación hiciera imposible el acceso de todos ellos, en cuyo caso pudiera resultar justificada la adopción de un sistema de acreditaciones o incluso de puesta en común de la toma de imágenes o de distribución libre de una señal institucional única.

## CONCLUSIONES

1ª.- Si la grabación audiovisual de la sesión de Pleno pretende realizarla algún Concejal o algún miembro del público asistente, el Sr. Alcalde estaría facultado para impedirlo, mientras que si esa grabación la pretendiera un medio de comunicación, debería ser permitida a los efectos de no vulnerar los derechos constitucional-

mente protegidos de obtención y difusión de la información, salvo en casos de existir alguna especial razón que lo desaconseje, lo cual debería ordenarse por resolución motivada.

2ª.- Dando por sentado que las sesiones plenarias son de carácter público y que los medios de comunicación tienen, como hemos visto, derecho a la grabación no podría impedirse que dichos medios ejercieran sus públicas funciones de captación y reproducción de imágenes.

Al hilo de lo anterior, habremos de acudir a lo dispuesto en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que preceptúa que el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, no así respecto de otras personas asistentes en quienes no concurren tales circunstancias.

3ª.- Será el Reglamento Orgánico de cada Corporación el que debe establecer las condiciones de grabación del desarrollo de las sesiones del Pleno. Por lo tanto ante la falta de regulación expresa en el Reglamento Orgánico Municipal, la situación recae en la competencia del Alcalde como Presidente de la sesión y éste, a nuestro entender, sólo puede prohibir la grabación particular fundada en motivos de obstrucción o alteración del normal desenvolvimiento de la sesión, en la medida en que las máquinas grabadoras interfieran o dificulten o coarten la libertad de los Concejales.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.





## **RETRIBUCIONES DEL ALCALDE Y LOS CONCEJALES. EFECTOS RETROACTIVOS.**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### **I. HECHOS. ANTECEDENTES**

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

*“Durante el pasado Pleno celebrado el 12 de julio de 2019, uno de los concejales de la oposición dudaba de si el Alcalde-Presidente podía cobrar sus retribuciones con efecto desde la toma de posesión aprobándolo en Pleno, y los Tenientes Alcaldes desde su nombramiento por resolución de la Alcaldía, dado que este él decía que eso era imposible, por eso solicito informe al respecto.”*

### **NORMATIVA APLICABLE**

- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local -LRBRL-.

- RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales -ROF-

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -LPACAP-.

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

El artículo 75.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local -LRBRL-, reconoce sin más el derecho de los miembros de las Corporaciones Locales a percibir retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social -RGSS-, asumiendo las Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, siendo competencia del Pleno municipal la adopción de este acuerdo. Nada más indica la Ley respecto al procedimiento de fijación de las retribuciones de los Concejales, ni las escasas previsiones del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales -ROF-, singularmente su artículo 13, aportan más al respecto.

Respecto a la publicidad de este régimen de retribuciones el artículo 75.5 de la Ley 7/1985, prescribe que “deberán publicarse íntegramente en el Boletín Oficial de la Provincia y fijarse en el tablón de anuncios de la Corporación los acuerdos plenarios referentes a retribuciones de los cargos con dedicación exclusiva y parcial y régimen de dedicación de estos últimos, indemnizaciones y asistencias, así como los acuerdos del Presidente de la Corporación determinando los miembros de la misma que realizarán sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial”.

Hemos de cuestionarnos así si esta publicación constituye un requisito para la producción de efectos del acuerdo de determinación de las retribuciones o si, por el contrario, dicha publicación no es sino una mera formalidad posterior que no impide la inmediata percepción de las retribuciones .

En este sentido debe recordarse que el artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -LPACAP-, establece en su apartado 1º que “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”, añadiendo en su apartado 2º no obstante, que “la eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior”.

De acuerdo con este precepto, en relación con el indicado 75.5 de la Ley 7/1985 sí parece que puede defenderse que la publicación constituye un requisito para la producción de efectos del acuerdo y, en consecuencia, la percepción de las retribuciones .

Ahora bien, como acertadamente se apunta por la entidad consultante, tal y como prevé el apartado 3º del mismo art. 39 LPACAP:

• “3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.”

Ahora bien se puede plantear la duda de si la ausencia de publicación en el BOP del régimen de las retribuciones del Alcalde : ¿es causa para declarar el acto nulo de pleno derecho?”, se establece que la ausencia de dicha publicación no puede constituir, en ningún caso, una causa de nulidad del acuerdo de fijación de las retribuciones del Alcalde , ya que no constituye un requisito determinante del procedimiento de fijación y su ausencia no imposibilita la finalidad del acto (retribuir un trabajo efectivo), ni origina verdadera indefensión a los interesados en conocer dicho régimen (ya que forma parte del Presupuesto municipal que se somete a información pública); dicha publicación, a lo sumo, opera como una condición de eficacia.

Esta falta de publicación del acto válido de fijación de las retribuciones del Alcalde, aunque ineficaz, no supone que hayan desaparecido los presupuestos de hecho necesarios para que el cargo electo haya devengado las retribuciones desde el mismo momento en que el Pleno las fijó, sin perjuicio de la merma del derecho de los terceros a estar informados, ya que, aplicando la doctrina del enriquecimiento injusto, si los servicios han sido efectivamente prestados en régimen de dedicación exclusiva, y siendo que las retribuciones por dedicación exclusiva (o parcial) no son más que una contraprestación económica al desempeño del cargo con dicha dedicación, el vicio no puede llevar aparejado una merma del derecho a la correspondiente retribución, por lo que ha de ser subsanado.

Esta afirmación encuentra apoyo en la admisibilidad de la eficacia retroactiva de los actos, como pone de manifiesto la Sentencia del TSJ de Murcia de 7 de mayo de 1998 donde se afirma que, si bien es cierto que los efectos de la normativa aplicable están proyectados hacia el futuro y que también los efectos de los actos administrativos se producirán “desde la fecha en que se dicten”, como se expresa en el art. 39.1 LPACAP, ello constituye la regla general, que tiene prevista su excepción en el mismo art. 39.3, permitiendo que se otorgue eficacia retroactiva a los actos.

En este mismo sentido, admitiendo la validez del efecto retroactivo de este tipo de acuerdos plenarios, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1.12.1995 señala que:

• *“...estos efectos retroactivos son favorables a los interesados y se encuentran justificados siempre que la percepción de las cantidades correspondientes se limite a la permitida por la legislación vigente y responda a criterios de razonabilidad en función del trabajo efectivamente realizado...”*

Contemplado este caso desde una óptica bien diferente como es la perspectiva penal, nos parece interesante hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 27.01.2001, a propósito de un acuerdo plenario que fijaba un régimen de retribuciones en dedicación exclusiva al Alcalde otorgando efectos retroactivos a las cantidades que había venido percibiendo desde años atrás (y que fueron acordadas con anterioridad por un órgano incompetente, como era la Comisión de Gobierno municipal, hoy Junta de Gobierno Local); para la Sala, en este caso, no es apreciable ilícito penal pues:

• *«El art. 57 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Advo. Común de 26-11-92 (hoy art. 39.3 LPACAP) establece que, aunque excepcionalmente podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos administrativos cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieren ya en las fechas a que se retrotraigan la eficacia del acto y no lesione derechos e intereses legítimos de otras personas. Como se ha venido razonando, el acusado prestaba servicios al Ayuntamiento en la forma a que se refieren las retribuciones percibidas, como lo venía haciendo con anterioridad, con otro cargo y con aprobación competente, con los descuentos a él inherentes y la consignación presupuestaria, solo faltaba la aprobación del Pleno Municipal, por tanto la «ilegalidad» que podría predicarse era ese acuerdo positivo, pues, volvemos a repetir, el negativo tampoco se produjo, solo «dejar sobre la mesa», cuando al Pleno le*

*constaba también aquellos extremo. Si ahora éste órgano ha aprobado aquellos servicios y sus retribuciones , dándole efectos retroactivos , no cabe duda que ha completado el iter de la situación y sus efectos. Ni en la Sesión del Pleno ni este Tribunal puede tachar al acuerdo retroactivo que incumpla los requisitos del art. 57 de la LRJPAC, los supuestos de hecho existían y no se apreció lesiones de derecho e intereses legítimos de otras personas.”*

En definitiva, consideramos que la ausencia de publicación en el BOP del régimen de las retribuciones del Alcalde no es causa para declarar el acto nulo de pleno derecho, constituyendo una irregularidad no invalidante que puede afectar a la eficacia del mismo pero no a su validez, siendo subsanable mediante un acto de publicación en el BOP al día de la fecha que declare la existencia de los presupuestos de hecho necesarios para la fijación de dicho régimen retributivo desde el momento en el que se adoptó el acuerdo, y que dé publicidad al mismo.

## **CONCLUSIONES**

1ª. La LRBRL exige que deban publicarse íntegramente en el BOP los acuerdos plenarios referentes a retribuciones de los cargos con dedicación exclusiva y parcial y régimen de dedicación de estos últimos, indemnizaciones y asistencias, así como los acuerdos del Presidente de la Corporación, determinando los miembros de la misma que realizarán sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial, por lo que puede interpretarse que, por aplicación de la LPACAP, dicha publicación constituye un requisito para la producción de efectos del acuerdo y, en consecuencia, la percepción de las retribuciones .

2ª. En atención a que el artículo 39.3 LPACAP permite que pueda otorgarse eficacia retroactiva a los actos, puede considerarse que la ausencia de publicación en el BOP del régimen de las retribuciones del Alcalde no es causa para declarar el acto nulo de pleno derecho, constituyendo una irregularidad no invalidante que puede afectar a la eficacia del mismo pero no a su validez, siendo subsanable mediante un acto de publicación en el BOP al día de la fecha que declare la existencia de los presupuestos de hecho necesarios para la fijación de dicho régimen retributivo desde el momento en el que se adoptó el acuerdo, y que dé publicidad al mismo.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

## SUPUESTOS DE INCOMPATIBILIDAD DE MIEMBROS DE LA CORPORACIÓN

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente Informe INFORME

### ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha \_\_ de \_\_\_\_ de 2019 (NRS 2019-S-RC-\_\_\_\_), el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ dirige escrito mediante el que solicita informe jurídico en relación con el siguiente asunto:

*“Situación de un concejal por posible causa de incompatibilidad (LOREG), artículo 178.2 apartado d). Dicho concejal es gerente de las Empresas \_\_\_\_ SL y \_\_\_\_\_ SL.”*

- A la solicitud se acompaña de los siguientes antecedentes:
  - Autoliquidación de la tasa por ocupación del suelo, subsuelo y vuelo de la vía pública por empresas suministradoras, presentada por \_\_\_\_\_, S.L., correspondiente al periodo enero-junio de 2019, por importe de 2.255,48 euros.
  - Resumen de facturación de la empresa \_\_\_\_\_, S.A., correspondiente al mes de enero de 2019.
  - Certificación del Registro Mercantil de Badajoz y su provincia, expedida con fecha, \_\_ de \_\_\_\_ de 2019, acreditativo de que el concejal en cuestión tiene un poder vigente como Gerente de \_\_\_\_\_, S.L.
  - Copia parcial de Declaración de Actividad, en la que se especifica que la persona que la suscribe (consta la firma pero no la identificación) ejerce actividad por cuenta ajena en la empresa \_\_\_\_\_, S.L.

### LEGISLACIÓN APLICABLE.

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

- Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (ROF).

## FONDO DEL ASUNTO.

1º. Del contenido de la solicitud formulada por el Ayuntamiento y de los antecedentes que incorpora, se deduce que estamos ante un supuesto de incompatibilidad sobrevenida al ser el Concejal gerente de dos empresas que, es de suponer, tienen formalizados contratos con el Ayuntamiento.

El apartado 1 del artículo 73 de la LBRL remite a la legislación electoral para la determinación de los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad de los miembros de las Corporaciones locales, tras lo que el apartado 2 establece que “2. *Los miembros de las Corporaciones locales gozan, una vez que tomen posesión de su cargo, de los honores, prerrogativas y distinciones propios del mismo que se establezcan por la Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas y están obligados al cumplimiento estricto de los deberes y obligaciones inherentes a aquél.*” En relación con la referida remisión, el artículo 178 de la LOREG regula el régimen general de incompatibilidades de los cargos electos de las Entidades Locales. Para ello, en el apartado 1 remite a las causas de inelegibilidad reguladas en el artículo 177.2 de la misma norma, en tanto que en el apartado 2 se determinan las incompatibilidades específicas de los concejales, estableciendo al respecto que “2. *Son también incompatibles:*

.../...

d) *Los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes.*”

2º. Por su parte, el artículo 71.1.g) de la LCSP dispone que “1. *No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

.../...

g) *Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.*

*La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas.*

*La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así*

*como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.”*

Conviene destacar que las prohibiciones de contratar en tanto que normas que suponen una limitación de derechos, deben ser interpretadas de forma restrictiva respecto a sus supuestos y contenidos, sin que sea posible su aplicación extensiva o analógica. En tal sentido se viene pronunciando tanto los tribunales de justicia como los órganos consultivos. A título de ejemplo el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de abril de 2012 ha declarado:

*“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.”*

En términos parecidos el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 108/2016, de 18 de octubre “... que las prohibiciones de contratar se identifican como los impedimentos, establecidos y previstos en las normas, que hacen jurídicamente inviable la participación de ciertas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, en el sistema de la contratación pública, pero hay que tener en cuenta que salvo expresa y concreta constancia de dicha prohibición, a nadie se le puede impedir que aspire a la condición de contratista público, pues la declaración de prohibición de contratar constituye la máxima sanción aplicable al empresario, que supone una excepción al principio de concurrencia e igualdad de trato de los licitadores.”

Igualmente el reciente informe 1/2018, de 11 de enero de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, señala que “No obstante lo anterior, las prohibiciones de contratar en tanto que normas que suponen una limitación de derechos, deben ser interpretadas de forma restrictiva respecto a sus supuestos y contenidos, sin que sea posible su aplicación extensiva o analógica.”

Por ello, debe advertirse que la posible incompatibilidad pretende sustentarse en la condición de concejal de la persona en cuestión, que a su vez es gerente de dos

empresas que mantendrían contratos de suministro de energía eléctrica con el Ayuntamiento, en tanto que el precepto transcrito se refiere a la condición de administrador de la personal jurídica. Puede que sean cargos equiparables, pero lo cierto es que en los antecedentes aportados no existe evidencia de ello, si bien la certificación del Registro Mercantil correspondiente a \_\_\_\_\_, S.L., alude a que “... tiene por virtud de la inscripción 2ª un poder vigente como Gerente de esta mercantil, figurando en la citada inscripción su nombramiento, facultades y circunstancias personales.” Respecto de la otra empresa, \_\_\_\_\_, S.L., no existe documento alguno que acredite que el concejal, ostenta la condición de gerente o administrador de la misma. No obstante, debe acudirse a las facultades que ostenta con el fin de acreditar, tal y como señala el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el ya citado Acuerdo “... que ejerce funciones ejecutivas del máximo nivel, equiparables, según la ley a los supuestos de relaciones laborales especiales de alta dirección, al personal directivo de la Administración Pública, o a los consejeros delegados de las sociedades mercantiles. Y a este respecto, señala que en el ámbito laboral quedan sujetos a la relación del personal de alta dirección aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma con autonomía y plena responsabilidad...”

Por último, cabe señalar que tampoco se acredita relación contractual alguna entre el Ayuntamiento y las empresas con las que parece estar relacionado el Concejal. Constando en los antecedentes facilitados, tan solo la liquidación de tasas del periodo enero-junio de la empresa \_\_\_\_\_, S.L., que evidencia que la empresa factura en el municipio, lo que no quiere decir que sea contratista del Ayuntamiento. Asimismo, se aporta un recibo de suministro de energía eléctrica del Ayuntamiento que ha sido facturado por la empresa \_\_\_\_\_, S.A., pero ninguno de las empresas en las que concejal ocuparía un cargo de naturaleza gerencial.

3º. Si efectivamente se acreditara tanto la existencia de vínculo de administrador o equiparable al mismo como de relación de las empresas con el Ayuntamiento, se produciría la activación del apartado 3 del artículo 178 de la LOREG, conforme al cual “3. Cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de Concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, dé origen a la referida incompatibilidad.” Para ello debe seguirse el procedimiento previsto en el artículo 10 del ROF:

*“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.”*

4º. Finalmente, procede llamar la atención sobre el hecho de que nos encontraríamos, si es que efectivamente así se acredita, ante una situación de incompatibilidad sobrevenida, en relación con los eventuales contratos que pudieran existir con anterioridad a la toma de posesión del concejal. Situación para las que tanto tribunales como órganos consultivos parecen dar soluciones diversas.

De un lado se sitúan aquellos que, equiparando contratista y licitador, consideran que las prohibiciones de contratar se activan exclusivamente en el procedimiento de licitación. Esta línea se aprecia en el Informe 14/2012, de 30 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente): *“Para resolver la cuestión planteada se tiene que partir del hecho de que las prohibiciones de contratar se configuran legalmente, en caso de que concurran, como un impedimento para poder contratar. En consecuencia, el requisito de no incurrir en ninguna causa de prohibición de contratar debe cumplirse, en todo caso, en el momento de presentación de las proposiciones y debe mantenerse hasta el momento de adjudicación y de formalización del contrato.*

*.../...*

*La causa de prohibición de contratar por incompatibilidad no afecta los contratos perfeccionados que tenga suscritos una empresa en el capital de la cual participa, con un porcentaje superior al diez por ciento, un cargo electivo local o su cónyuge, con la corporación local de la cual forma parte el cargo electivo, cuando se produzca con posterioridad, sin perjuicio de los efectos que se puedan derivar para el cargo electo, por aplicación del régimen de incompatibilidades de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General y, también, respecto de contratos futuros.”*

Por el contrario, La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana, en informe emitido en 2013 declara: *“No obstante lo anterior, se informa que la elección como concejal de un contratista del Ayuntamiento y su aceptación del cargo son hechos que originan una de las situaciones o causas de incompatibilidad establecidas en el art. 178.2 LOREG. Concretamente, el apdo. d) de dicho precepto establece que son incompatibles con el cargo o condición de concejal los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes. Dicha incompatibilidad se establece, además, de forma objetiva e independiente del orden temporal en que se den cualquiera de las dos condiciones cuya simultaneidad se prohíbe. Por ello, se informa que la condición de concejal de un Ayuntamiento es incompatible con la de contratista o subcontratista de cualquier contrato financiado total o parcialmente por dicho Ayuntamiento, debiendo la persona afectada optar entre renunciar al cargo electo o dejar la actividad objeto del contrato con ese Ayuntamiento.”*

Este es el informe de la Oficialía Mayor (Asistencia y Asesoramiento Jurídico Local) en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y

no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

# **SOLICITUD DE CONCEJAL PARA OBTENER COPIA DE ACTAS EN FORMATO DIGITAL DE LA ANTERIOR CORPORACIÓN**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

## **ANTECEDENTES**

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

Mediante escrito de \_\_/08/2019 el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, solicita informe jurídico y consulta en relación con el siguiente asunto:

*“Presentada una solicitud por parte de un concejal de la oposición solicita una copia en formato digital de las actas del último mandato periodo 2015-2019, si bien este concejal no formaba parte de la Corporación anterior.*

*Por este motivo solicitamos la emisión de informe sobre la obligatoriedad de entrega de copias en formato digital y del mismo modo sobre el plazo de entrega de estas copias.”*

## **LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LT).
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LPD).
- Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (ROF).

## **FONDO DEL ASUNTO.**

1º. El derecho general de acceso a los archivos y registro administrativos.

El artículo 105 de la Constitución establece una reserva de ley en tres ámbitos diferenciados, entre los que se incluye el acceso a los archivos y registros administrativos. No obstante esa reserva de ley, la temprana Sentencia 18/1981 del alto Tribunal, declaró que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata, señalando que “... la reserva de Ley que efectúa en este punto el artículo 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata.”

La LPACAP, aunque como se verá no de manera exclusiva, es la norma que lleva a cabo esa regulación en el artículo 13.d), que establece: “*Quienes de conformidad con el artículo 3, tienen capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, son titulares, en sus relaciones con ellas, de los siguientes derechos: ... d) Al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico.*” El precepto transcrito contiene dos remisiones normativas, la primera de ellas, para determinar el ámbito subjetivo de los titulares de los derechos que reconoce el precepto, que se circunscribe conforme al artículo 3 de la propia Ley a la capacidad de obrar civil, a los menores y a los grupos de las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos. La segunda remisión legal dirige los términos materiales de la efectividad del derecho de acceso y su ejercicio a lo regulado en la Ley de Transparencia. Es en los artículos 12 y siguientes de la citada norma donde se concreta el actual régimen jurídico del derecho general de acceso, configurándolo como un derecho del ciudadano en general, «Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley.» (artículo 12). Como consecuencia de ello, la regulación de la LT resulta más amplia y generosa que la de la LPACAP, de manera que al tiempo que se extiende a un mayor número de beneficiarios (todas las personas) también resulta más amplia su extensión material si nos atenemos al concepto legal de información pública, que se define en el artículo 13 de la LT como “... los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.”

## 2º. El derecho de información y acceso de los concejales.

Derivado del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, reconocido en el artículo 23 de la CE, e integrado en el estatuto jurídico de los miembros de las Corporaciones Locales, el concreto derecho de información y acceso de los concejales se prevé en el artículo 77 de la LBRL (en términos idénticos en el artículo 14.1 del ROF): “Todos los miembros de las Corporaciones locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función.”

El párrafo segundo del mismo precepto (añadido por el artículo 1.24 de la Ley 11/1999, de 21 de abril) establece las reglas para su ejercicio al señalar que “*La solicitud de ejercicio del derecho recogido en el párrafo anterior habrá de ser resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquél en que se hubiese presentado.*” Por su parte, el artículo 14 del ROF, tras reiterar lo ya señalado añade en el apartado 3 la necesidad de motivación, pero solo para el caso de que la resolución sea denegatoria. Las reglas de procedimiento se completan en el artículo 15, que prevé la posibilidad de acceso directo, sin que medie autorización expresa alguna en los siguientes supuestos:

- *“Cuando se trate del acceso de los miembros de la Corporación que ostenten delegaciones o responsabilidades de gestión, a la información propia de las mismas.*

- *Cuando se trate del acceso de cualquier miembro de la Corporación, a la información y documentación correspondiente a los asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados de que formen parte, así como a las resoluciones o acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal.*

- *Cuando se trate del acceso de los miembros de la Corporación a la información o documentación de la entidad local que sean de libre acceso para los ciudadanos.*”

Por último, la regulación del ejercicio material del derecho se establece en el artículo 16 del ROF en los términos que se transcriben a continuación:

*“1. La consulta y examen concreto de los expedientes, libros y documentación en general se regirá por las siguientes normas:*

• *La consulta general de cualquier expediente o antecedentes documentales podrá realizarse, bien en el archivo general o en la dependencia donde se encuentre, bien mediante la entrega de los mismos o de copia al miembro de la Corporación interesado para que pueda examinarlos en el despacho o salas reservadas a los miembros de la Corporación. El libramiento de copias se limitará a los casos citados de acceso libre de los Concejales a la información y a los casos en que ello sea expresamente autorizado por el Presidente de la Comisión de Gobierno.*

• *En ningún caso los expedientes, libros o documentación podrán salir de la Casa Consistorial o Palacio Provincial, o de las correspondientes dependencias y oficinas locales.*

• *La consulta de los libros de actas y los libros de resoluciones del Presidente deberá efectuarse en el archivo o en la Secretaría General.*

• *El examen de expedientes sometidos a sesión podrá hacerse únicamente en el lugar en que se encuentren de manifiesto a partir de la convocatoria.*

*2. En el supuesto de entrega previsto en el apartado a) del número anterior, y a efectos del oportuno control administrativo, el interesado deberá firmar un acuse de recibo y tendrá la obligación de devolver el expediente o documentación en un término máximo de cuarenta y ocho horas, o antes, en función de las necesidades del trámite del expediente en cuestión.*

3. Los miembros de la Corporación tienen el deber de guardar reserva en relación con las informaciones que se les faciliten para hacer posible el desarrollo de su función, singularmente de las que han de servir de antecedente para decisiones que aún se encuentren pendientes de adopción, así como para evitar la reproducción de la documentación que pueda serles facilitada, en original o copia, para su estudio.”

### 3º. Los límites del derecho de acceso a la información pública.

En otro orden, el acceso a la información pública no es absoluto sino que la propia Ley establece límites generales a su acceso en el artículo 14, entre los que cabe destacar, por su interés para el caso los que se transcriben a continuación:

«1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para:

.../...

e) *La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.*

g) *Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control.*

.../...

j) *El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.»*

A los límites relacionados anteriormente hay que añadir lo establecido en el artículo 15, en relación con la limitación de información en materia protección de datos de carácter personal:

“1. Si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.

Si la información incluyese datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevasen la amonestación pública al infractor, el acceso sólo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de Ley.

2. Con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.”

Por su parte, el artículo 16 regula el acceso parcial a la información, con omisión de la información afectada por cualquiera de los límites del artículo 14, si bien de advertirse tal circunstancia al solicitante.

No obstante, las limitaciones del acceso a la información está moduladas por las reglas que para su aplicación contienen uno y otro precepto:

1. En cuanto a las limitaciones generales del apartado 1 del artículo 14, los apartados 2 y 3 del mismo precepto establecen:

*“2. La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.*

*3. Las resoluciones que de conformidad con lo previsto en la sección 2ª se dicten en aplicación de este artículo serán objeto de publicidad previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 20, una vez hayan sido notificadas a los interesados.”*

2. Por su parte, y con respecto a las limitaciones en materia de protección de datos reguladas en el artículo 15, los apartados 3 y 4 determinan las siguientes reglas:

*“3. Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.*

*Para la realización de la citada ponderación, dicho órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:*

*a) El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.*

*b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.*

*c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.*

*d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.*

*4. No será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas.”*

4º. De lo señalado anteriormente se extraen las siguientes conclusiones:

- Se considera que debe facilitarse el acceso a las actas de las sesiones, incluso si trata del anterior mandato corporativo del que no formaba parte el solicitante, por cuanto tiene carácter general de acceso directo.

- El ejercicio del derecho de acceso puede llevarse a cabo en soporte informático o digitalizado.

- Caso de resultar necesario, procederá la disociación de los datos de carácter personal.

- Debe advertirse con ocasión de la entrega de que los datos e información se facilitan por su condición de concejal, sobre la que deben guardar reserva, debiendo evitar su reproducción o cualquier uso indebido de la misma.

- Tratándose de entrega de copias de actas que ya deben estar expedidas y aprobadas, no hay plazo expresamente previsto para su entrega, si bien se considera que debe llevarse a cabo con la diligencia debida, sin que haya de suponer la paralización ni entorpecimiento de la administración ordinaria del Ayuntamiento.

Este es el informe de la Oficialía Mayor – Área de Cooperación Municipal en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



## **ACCESO DE CONCEJAL A DOCUMENTACIÓN. NECESARIA VINCULACIÓN AL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN REPRESENTATIVA”**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### **HECHOS. ANTECEDENTES**

Con fecha \_\_ de octubre de 2019 tiene entrada en el Registro de la Excm. Diputación Provincial de Badajoz (R.E. 85.\_\_\_\_) petición del Alcalde de la localidad de \_\_\_\_\_ en el que solicita informe jurídico sobre la documentación a la que puede tener acceso un concejal de la Corporación municipal sin delegaciones ni responsabilidad de gobierno, así como si entre esa documentación, se encuentra la que obra en el registro de entrada y salida del Ayuntamiento.

### **NORMATIVA APLICABLE**

- Constitución Española (art. 23)
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- RD 2586, de 28 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización, funcionamiento y Régimen jurídico de las Entidades locales.
- Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.
- Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

El Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales regula el derecho de información de los miembros de las corporaciones locales y lo hace prescribiendo en su artículo 14 que todos los miembros de las Corporaciones locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función, en cuanto manifestación del derecho de participación que la Constitución en su artículo 23 les reconoce. En este mismo sentido se pronuncia la Ley de Bases de Régimen Local cuyo artículo 77 reconoce el derecho

de todos los miembros de las Corporaciones locales a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función.

Ahora bien, es éste un derecho de configuración legal que ha de actuarse de acuerdo con lo previsto por la Ley. Y en este sentido la norma citada somete el ejercicio de este derecho a una condición cual es que se formule la correspondiente solicitud, exigiendo que la denegación del acceso a la documentación informativa tenga que hacerse a través de resolución o acuerdo motivado y, en el caso de silencio, éste tenga carácter positivo. **Procederá por tanto que el concejal formule la solicitud correspondiente y al Alcalde o al presidente de la Comisión de Gobierno, valorar o enjuiciar si la información requerida resulta necesaria para el ejercicio de sus funciones.**

En este sentido citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2000 que vincula el derecho a la información con el derecho a participar en los asuntos públicos y por tanto su limitación supone una vulneración del derecho que el art. 23 de la CE reconoce a los representantes públicos siendo el ejercicio de la función fiscalizadora y de control de la actividad municipal manifestación del mismo o la STS de 5 de noviembre de 1999, que refiere que el derecho a participar en asuntos públicos y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos de acuerdo con lo previsto en la ley, supone el acceso a la información necesaria para el ejercicio de las funciones públicas atribuidas a los concejales.

El artículo 15 del ROF enumera una serie de casos en los que se exceptúa de la exigencia de formular solicitud:

a. Cuando se trate del acceso de los miembros de la Corporación que ostenten delegaciones o responsabilidades de gestión, a la información propia de las mismas.

b. Cuando se trate del acceso de cualquier miembro de la Corporación, a la información y documentación correspondiente a los asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados de que formen parte, así como a las resoluciones o acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal. Respecto de la documentación que sirve de base a los asuntos incluidos en el orden del día de una sesión plenaria son objeto de consideración expresa en el artículo 84 del ROF refiere que “deberá estar a disposición de los miembros de la Corporación desde el mismo día de la convocatoria en la Secretaría de la misma. Cualquier miembro de la Corporación podrá, en consecuencia, examinarla e incluso obtener copias de documentos concretos que la integre, pero los originales no podrán salir del lugar en que se encuentren puestos de manifiesto”.

c. Cuando se trate del acceso de los miembros de la Corporación a la información o documentación de la entidad local que sean de libre acceso para los ciudadanos, entendiéndolo como información pública, de conformidad con la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura, como “aquella que viene definida como de libre acceso a cualquier ciudadano por ser información generada por el

propio sector público en el ejercicio de su actividad, funcionamiento y organización”. Pero incluso en este caso su ejercicio no es ilimitado sino que ha de realizarse protegiendo la identidad de los afectados y sus datos personales que prevalecen sobre el derecho de acceso a la información pública en los casos en que la Administración competente considere que hay tal conflicto de derechos y que debe preservarse el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 16 y 17.4 de la referida Ley 4/2013).

En cuanto a la forma de acceder a la información requerida ha de estarse a lo dispuesto en el art. 16 del ROF:

1. La consulta y examen concreto de los expedientes, libros y documentación en general se regirá por las siguientes normas:

a) La consulta general de cualquier expediente o antecedentes documentales podrá realizarse, bien en el archivo general o en la dependencia donde se encuentre, bien mediante la entrega de los mismos o de copia al miembro de la Corporación interesado para que pueda examinarlos en el despacho o salas reservadas a los miembros de la Corporación. El libramiento de copias se limitará a los casos citados de acceso libre de los concejales a la información y a los casos en que ello sea expresamente autorizado por el Presidente de la Comisión de Gobierno.

b) En ningún caso los expedientes, libros o documentación podrán salir de la Casa Consistorial o Palacio Provincial, o de las correspondientes dependencias y oficinas locales.

c) La consulta de los libros de actas y los libros de resoluciones del Presidente deberá efectuarse en el archivo o en la Secretaría General.

d) El examen de expedientes sometidos a sesión podrá hacerse únicamente en el lugar en que se encuentren de manifiesto a partir de la convocatoria.

2. En el supuesto de entrega previsto en el apartado a) del número anterior, y a efectos del oportuno control administrativo, el interesado deberá firmar un acuse de recibo y tendrá la obligación de devolver el expediente o documentación en un término máximo de cuarenta y ocho horas, o antes, en función de las necesidades del trámite del expediente en cuestión.

3. Los miembros de la Corporación tienen el deber de guardar reserva en relación con las informaciones que se les faciliten para hacer posible el desarrollo de su función, singularmente de las que han de servir de antecedente para decisiones que aún se encuentren pendientes de adopción, así como para evitar la reproducción de la documentación que pueda serles facilitada, en original o copia, para su estudio

En el escrito de consulta se cuestiona si un concejal puede tener “**acceso directo** a la documentación que obra en el registro de entrada y salida del Ayuntamiento”. Evidentemente si con la expresión -acceso directo- se quiere referir a la posibilidad de que un concejal pueda acceder libremente a toda la información contenida en el registro de la Corporación, ha de informarse en sentido negativo por las

argumentaciones esgrimidas anteriormente habida cuenta de que, en ese caso, no resultará posible realizar la preceptiva valoración que exige el artículo 14 del ROF, esto es, si la documentación a la que se pretende acceder es o no necesaria para el ejercicio de su función representativa o si pudieran resultar afectados derechos de terceros.

## **CONCLUSIÓN**

Los concejales, con independencia de que carezcan de delegaciones o responsabilidades de gobierno, tienen derecho a obtener toda la información necesaria para el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de que el ejercicio de este derecho esté sujeto a limitaciones derivadas de la necesaria solicitud (con las excepciones referidas en el art. 15 del ROF) y de derechos de terceros. Consecuentemente resulta obligado afirmar que un concejal no puede tener libre acceso a los documentos que se registran en el registro administrativo de la Corporación, dada la necesidad de conjugar su derecho al ejercicio de la función representativa con derechos de terceros, a los que la ley ampara protegiendo su identidad y sus datos personales que prevalecen sobre el derecho de acceso a la información pública en los casos en que la Administración competente aprecie la existencia de un conflicto de derechos.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este Informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

## **PROHIBICIONES PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CON EL CÓNYUGE DE UNA CONCEJALA**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### **ANTECEDENTES.**

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

Con fecha \_\_ de octubre de 2019 (Nº Registro ORVE REGADE 19s \_\_\_\_\_), el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ dirige escrito mediante el que solicita informe jurídico en relación con el siguiente asunto:

- “1. ¿Existe prohibición de contratar con el cónyuge de una concejala?”*
- 2. ¿En el caso de que se pudiera contratar, podrían adjudicarse directamente contratos menores al cónyuge de la concejala, en cuya tramitación, no hay libre concurrencia?”*

### **LEGISLACIÓN APLICABLE.**

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).
- Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (ROF).

### **FONDO DEL ASUNTO.**

1º. La regulación a cerca de las prohibiciones de contratar está recogida en el artículo 71 de la LCSP, cuyo apartado 1 relaciona supuestos diversos, de los que interesa al caso el apartado g): *“1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

.../...

g) *Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.*

*La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas.*

*La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.*

Atendiendo a las sucesivas remisiones que realiza el párrafo primero del apartado g) de la LCSP, interesa al caso la última de ellas referida a la LOREG, cuyo artículo 178 estable el régimen general de incompatibilidades de los cargos electos de las Entidades Locales, en concreto de los concejales tal y como establece el apartado d), que regula de manera específica las incompatibilidades en materia de contratación disponiendo que “2. Son también incompatibles: ... d) *Los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes.*” De manera que resulta incuestionable la incompatibilidad los concejales, con el alcance y en los términos establecidos en los párrafos primero y segundo del transcrito artículo 71.1.g) de la LCSP.

2º. Vista la incompatibilidad de la concejala, el último párrafo extiende la incompatibilidad para contratar a determinados familiares entre los que incluye el cónyuge. Sin embargo, esa incompatibilidad no es predicable en términos absolutos, sino que el inciso final del párrafo señala que se producirá “... cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.”

El conflicto de intereses se regula el apartado 2 artículo 64 de la LCSP en los siguientes términos:

*“1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.*

2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

*Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.”*

Hay que tener presente que el precepto transcrito no impone un concepto preciso de conflicto de intereses, sino que se limita a señalar cuando se produce en todo caso, señalando en el apartado 1 que se producirá cuando se pueda distorsionar la competencia o no se garantice la transparencia o la igualdad de trato entre los candidatos o licitadores, en tanto que en el apartado 2 lo refiere particularmente al personal al servicio del órgano de contratación, por lo que en principio no resulta de aplicación, si bien el párrafo segundo de este mismo apartado impone una regla de comportamiento que tiene carácter general, dirigida a todas las personas o entidades.

De manera que es el propio órgano de contratación el que, caso a caso y justificándolo en el expediente, deberá determinar si existe o no ese conflicto de intereses. Esa apreciación es de naturaleza fáctica, sin que haya lugar a otra calificación o consideración que la mera concreción de los hechos por los que el órgano considera que se produce o no el conflicto de intereses. Así resulta del tenor de la norma y así lo entiende la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el dictamen 11/18: *“Corresponderá al órgano de contratación, en virtud del apartado 1 del mismo artículo la obligación de examinar su concurrencia y de adoptar las medidas oportunas y ello con independencia de que de dicha situación se derive la posible existencia o no de una prohibición de contratar. Como se puede observar, nos encontramos ante situaciones que necesitarán el análisis ad hoc del órgano de contratación respecto a su existencia, caso por caso.”*

3º. En otro orden, conviene destacar que las prohibiciones de contratar, puesto que suponen una limitación de derechos, deben ser interpretadas de forma restrictiva respecto a sus supuestos y contenidos, sin que sea posible su aplicación extensiva o analógica. En tal sentido se viene pronunciando tanto los tribunales de justicia como los órganos consultivos. A título de ejemplo el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de abril de 2012 ha declarado:

*“... 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.”*

En términos parecidos el reciente informe 1/2018, de 11 de enero de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, señala que *“No obstante lo anterior, las prohibiciones de contratar en tanto que normas que suponen una limitación de derechos, deben ser interpretadas de forma restrictiva respecto a sus supuestos y contenidos, sin que sea posible su aplicación extensiva o analógica.”*

4º. En conclusión, el órgano de contratación que con carácter general, tratándose de contratos menores, será el Alcalde, debe resolver en atención a si existe o no el pretendido conflicto de intereses, de manera que si estima que efectivamente se produce en modo alguno debe adjudicar el contrato. Caso contrario, si se estima que no existe conflicto de intereses de clase alguna, estaría en condiciones de resolver lo que proceda en relación con la adjudicación del contrato en cuestión.

Este es el informe de la Oficialía Mayor – Área de Cooperación Municipal, en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



## **EXPEDIENTE TRAMITADO PARA PROCEDER AL CAMBIO DE DENOMINACIÓN DEL MUNICIPIO**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### **ANTECEDENTES**

Con fecha \_\_ de septiembre de 2019 tiene entrada en el Registro de la Excm. Diputación de Badajoz (R.E. \_\_\_\_\_) escrito firmado por el Alcalde de la localidad \_\_\_\_\_, en el que expone que el Ayuntamiento que preside ha iniciado los trámites para el cambio de denominación del municipio y solicita emisión de la Diputación Provincial del informe preceptivo que exige el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio.

Adjunta copia del expediente tramitado al efecto.

El \_\_ de octubre de 2019 se traslada escrito al referido Ayuntamiento (R.S. \_\_\_\_\_) en el que se informa que el informe requerido de esta Diputación, ha de emitirse, de conformidad con el artículo 26 del mencionado RD 1690/1986, una vez adoptado por el Pleno del Ayuntamiento el correspondiente Acuerdo, condicionándose su emisión a la recepción del referido Acuerdo.

Con fecha \_\_ de noviembre de 2019 (R.E. \_\_\_\_\_) tiene entrada en la Institución Provincial, certificación de la Secretaria del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, del Acuerdo adoptado en sesión plenaria de \_\_ de octubre de 2019, por el que se desestiman las diferentes alegaciones formuladas al cambio de denominación del municipio y se aprueba, por mayoría absoluta, el cambio de denominación del municipio. Asimismo, se acuerda la remisión del expediente al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura para su autorización.

### **NORMATIVA APLICABLE**

- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. LRBRL.
- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. TRRL.
- Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales. RPDT.
- Real Decreto 382/1986, de 10 de febrero por el que se crea, organiza y regula el Registro de Entidades locales, modificado por RD 339/2005 y RD 1.499/1990.

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**PRIMERA.-** El Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local establece que la alteración del nombre y capitalidad de los Municipios podrá llevarse a efecto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, previo acuerdo del Ayuntamiento e informe de la Diputación Provincial respectiva. (art. 11), informe que ha de venir referido al cumplimiento de los requisitos y formalidades que la normativa exige y sin perjuicio de que sea el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura el órgano competente para aprobar el cambio de la denominación del municipio.

El capítulo III del Título I del Real Decreto 1.690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, regula bajo la rúbrica “Del nombre y de la capitalidad de los municipios”, el procedimiento de cambio de denominación de un municipio en el requiere el cumplimiento de una serie de requisitos que resulta obligado precisar:

Tramitación del preceptivo expediente que ha de contar con un período de información pública, por plazo no inferior a treinta días, para que los particulares o entidades que se creyeran perjudicados puedan presentar reclamación (art. 27 RD 1.690/86). Consta en el expediente remitido, el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 23 de julio de 2019, que en el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, incoa el expediente del cambio de denominación del municipio fin de que pase a denominarse “\_\_\_\_\_”, acordando la apertura del trámite de información pública durante un período de treinta días hábiles a partir de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia (BOP n.º 142).

Pronunciamiento respecto de las reclamaciones presentadas. El certificado de la Secretaria del Ayuntamiento de 31 de octubre de 2019, refiere el pronunciamiento del Pleno respecto de las mismas en sentido desestimatorio (Sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 2019).

Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento aprobando el cambio de denominación. El acuerdo corporativo deberá ser adoptado por la mayoría absoluta del número legal de miembros de las Corporaciones. (art. 11 del RD 781/1986 y 26 del RD 1.690/1986 en relación con el art. 22 y 47.2.d, de la Ley 7/1985, de 2 de abril). El certificado mencionado en el punto anterior refiere expresamente la adopción del acuerdo por la mayoría requerida (seis votos a favor y cinco en contra)

Informe de la Diputación Provincial (art. 11 del RDLeg. 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local), trámite este a que se contrae el presente.

**SEGUNDA.-** El expediente completo, junto con el presente informe, será remitido por el Ayuntamiento a la Junta de Extremadura al objeto de su aprobación por el Consejo de Gobierno de la misma previo informe de la Real Sociedad Geo-

gráfica o de la Real Academia de la Historia, según proceda, o de las instituciones especializadas de la Comunidad Autónoma, si existieren, y de aquellos otros Organismos que se consideren oportunos (art. 28 del RD. 1.690/1986). En el expediente remitido a consideración, consta, el certificado de la secretaria del Ayuntamiento, en el que refiere la solicitud del informe a la real Academia de las Letras y las Artes de Extremadura con fecha 11 de septiembre de 2019.

Se trata, como vemos, de un procedimiento bifásico en que la Comunidad Autónoma no sólo tiene atribuciones de verificación de la legalidad, sino también competencias de comprobación de que el acuerdo local no afecta a los intereses supramunicipales, sin que ello contravenga la autonomía local. No se trata así de una mera homologación que confiera eficacia al acto municipal, sino que la actuación del municipio constituye un trámite más en el procedimiento cuya resolución compete a la Comunidad Autónoma, (Sentencias del TS de 17 de junio de 2009 y del TC de 2 de febrero de 1981 y 10 de febrero de 1994)

Adoptada la Resolución por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, el Ayuntamiento lo comunicará al Registro de Entidades Locales en el plazo de un mes para la modificación de la inscripción registral y a la Administración del Estado. La Dirección General de Administración Local comunicará esta modificación al Registro Central de Cartografía (arts 11.3 TRRL y 26.3 RPDTEL y 9 y 10 del Real Decreto 382/1986, de 10 de febrero, por el que se crea, organiza y regula el funcionamiento del Registro de Entidades Locales).

**TERCERO.-** Contra la Resolución del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 30,112.3 y 114.c de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -LPACAP-, 10 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -LJCA-. Sin perjuicio de que los interesados puedan interponer cualquier otro recurso que estimen oportuno.

Tal y como se ha venido refiriendo, consta en el expediente remitido el cumplimiento de los trámites que la normativa referida exige con carácter previo al pronunciamiento de la Institución Provincial y, en consecuencia, procede emitir **INFORME FAVORABLE** al cambio de denominación instado por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, al haberse tramitado conforme al procedimiento previsto y sin perjuicio de que deba ser aprobado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura previo informe de la Real Academia de las Letras y las Artes de Extremadura, remitido al Registro estatal de Entidades locales para la correspondiente modificación de la inscripción registral en el plazo de un mes y publicado en el Boletín Oficial del Estado, fecha a partir de la cual, el cambio de denominación tendrá carácter oficial.

Este es el informe de la Oficialía Mayor-Area de Cooperación Municipal- en relación con el asunto de referencia, que se emite a los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 11.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local y conforme al cual nada obstaría para que por esta Excm. Diputación Provincial haciéndolo suyo, se pueda dar cumplimiento a lo dispuesto en el mismo, o en su caso, emitiendo el informe que estime pertinente respecto del expediente de modificación de denominación de municipio que se somete a consideración.

**COMPETENCIAS DEL PLENO Y ALCALDÍA EN EL  
CALENDARIO DE LAS SESIONES PLENARIAS.  
RETRIBUCIONES Y ASISTENCIAS. NATURALEZA  
Y CUANTÍA. MOCIÓN QUE IMPULSA EL ABONO  
DE FACTURA POR TRABAJOS EJECUTADOS EN 2015;  
AUSENCIA DE COMPROBACIÓN MATERIAL Y DE  
IMPUTACIÓN AL PRESUPUESTO VIGENTE.  
POSIBLE PRESCRIPCIÓN.**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

**ANTECEDENTES DE HECHO**

Con fecha \_\_ de diciembre de 2019 tiene entrada en el Registro de la Excm. Diputación Provincial de Badajoz (R.E. \_\_\_\_), petición de la Alcaldesa de la localidad de \_\_\_\_ en la que solicita informe jurídico sobre sendas mociones presentadas por el grupo municipal socialista (se adjuntan), relativas a las competencias que ostentan los Alcaldes de las corporaciones locales en la fijación del calendario de sesiones, así como la posibilidad de detraer el abono de las asistencias de los concejales del sueldo de la regidora cuando se convoquen en horario de mañana. Se plantea además la procedencia de abonar factura correspondiente a obras ejecutadas en la anualidad 2015 y que no consta fuesen recepcionadas de conformidad.

**NORMATIVA APLICABLE**

- Constitución Española (art. 23).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- RD 2568/1986, de 28 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización, funcionamiento y Régimen jurídico de las Entidades locales.
- Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL)
- RD 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales en materia de presupuestos.

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Como cuestión preliminar resulta necesario dejar constancia, por la propia naturaleza de un informe jurídico y por las funciones que desde el Área de Cooperación Municipal se ejercen que, en ningún caso, se realizará una valoración del contenido de las mociones más allá de las consideraciones jurídicas que resulten procedentes en función de la materia sobre la que versan.

### *I. De la periodicidad y fecha de las sesiones Plenarias.*

*Se trae a colación lo dispuesto en el artículo 4 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, que reconoce la potestad de autoorganización de las entidades locales, correspondiendo al Pleno de la corporación municipal aprobar el correspondiente Reglamento orgánico (art. 50.3 ROF).*

*Respecto de la fijación del calendario de sesiones plenarias, la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) establece que los órganos colegiados de la Entidades Locales funciona en régimen de sesiones ordinarias, de periodicidad preestablecida, y extraordinarias, que pueden ser, además, urgentes (artículo 46) y determina que en los municipios de menos de hasta 5.000 habitantes, caso de \_\_\_\_\_, el Pleno se reunirá, al menos, cada tres meses. Asimismo, el Pleno celebra sesión extraordinaria cuando así lo decida el Presidente o lo solicite la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la Corporación, sin que ningún concejal pueda solicitar más de tres anualmente. En este último caso, la celebración del mismo no podrá demorarse por más de quince días hábiles desde que fuera solicitada, no pudiendo incorporarse el asunto al orden del día de un Pleno ordinario o de otro extraordinario con más asuntos, si no lo autorizan expresamente los solicitantes de la convocatoria.*

*El acuerdo fijando el régimen de las sesiones plenarias es uno de los primeros acuerdos que ha de adoptar el Pleno (arts. 38 y 78 del ROF) y que puede incorporarse al Reglamento orgánico de la Corporación. De hecho, la solicitud presentada por la Alcaldesa de \_\_\_\_\_, se acompaña de certificado expedido por la Secretaria, del Acuerdo adoptado por el Pleno el pasado 26 de junio de 2019 y en el que se establece una periodicidad de las sesiones plenarias de dos meses. Se especifica además que tendrán lugar el último miércoles de cada trimestre natural y con el siguiente horario: meses de octubre, diciembre y febrero, a las 19:00 horas; meses de abril, junio y agosto, a las 20:00 horas.*

*Es obvio por tanto que la periodicidad de las sesiones plenarias ordinarias y su horario está fijado en tiempo y forma por quien está legitimado para ello y por tanto, a este Acuerdo habrá de estarse. Ello no obsta a que la Presidenta pueda, bien a iniciativa propia, bien a instancia de la cuarta parte del número legal de miembros de la Corporación, convocar un pleno extraordinario no sujeto a los condicionantes de uno de carácter ordinario.*

*El ejercicio de las convocatorias de los Plenos conforme a lo apuntado, resulta necesario para garantizar el derecho de los miembros de las corporaciones locales a asistir a las sesiones plenarias (art. 12 ROF), de ahí que su vulneración haya sido declarada causa de nulidad por los tribunales ( STS 12 de noviembre de 1997, STS 8 junio de 1988, STS 3 de febrero de 2000, entre otras).*

*Así, entendemos que, dentro del concepto de “periodicidad”, no sólo se enmarca la fecha en la que debe celebrarse la sesión ordinaria, sino, también, la hora en la que debe tener lugar dicha sesión, por cuanto así se garantiza un control periódico por parte de los Concejales de la oposición respecto a la actuación del equipo de gobierno. Por tanto, entendemos que la Alcaldía no ostenta la atribución para fijar, discrecionalmente, la hora de la sesión, amparándose en que es el Pleno el que decide el día pero no la hora, ya que, repetimos, el concepto “periodicidad” debe abarcar tanto al concepto de fecha como el de la hora.*

*Por su parte, entendemos que, por motivos justificados, dicha periodicidad puede ser modificada, aunque sea con carácter puntual, como puede ser el caso de vacaciones estivales o navideñas. Así, lo lógico sería que, en el acuerdo inicial del establecimiento del régimen de sesiones ordinarias al que se refiere el art. 38 ROF, se previera ya este hecho, adelantándose o retrasándose la sesión ordinaria de los meses que coincidan con este tipo de acontecimientos justificados.*

*En ese sentido, y a modo de ejemplo, la Sentencia del TSJ de Madrid de 7 de octubre de 2004 hacía referencia a dicha situación:*

*“SEGUNDO.- Dispone el art. 46 de la Ley 7/85 de 2 de abril reguladora de las Bases de Régimen Local en su redacción dada por la Ley 11/99 que la modifica, que los órganos colegiados de las entidades Locales funcionan en régimen de sesiones ordinarias de periodicidad preestablecida.... estableciendo en su apartado 1.a) que en los Ayuntamientos de municipios de más de 20.000 habitantes el Pleno celebrará sesión ordinaria como mínimo cada mes. En desarrollo de dicho precepto así como del art. 38 del R.D. 2.568/86 de 28 de noviembre que aprobó el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, el Ayuntamiento de Alcobendas en el Pleno Extraordinario celebrado el 6-7-99 aprobó el siguiente régimen de sesiones ordinarias: «Con periodicidad mensual a celebrar el último martes de cada mes a las doce o las diecinueve treinta horas indistintamente, comenzando en el mes de septiembre próximo. Si tal día fuese festivo se trasladará al siguiente día hábil. Quedando suspendidas las de los meses de agosto.»*

*La regulación de los Plenos Ordinarios anteriormente transcrita, es tan clara que no deja lugar a duda alguna, si bien es cierto que sólo prevé como período de descanso o vacacional el mes de agosto, sin hacer referencia alguna a las supuestas vacaciones de Navidad o Semana Santa, respecto de las cuales se plantea el presente recurso, al haberse suspendido la sesión ordinaria correspondiente al mes de diciembre por haber coincidido con el día de Navidad. Evidentemente, la sesión pudo y debió trasladarse al siguiente día hábil que es lo que prevé la norma, en lugar de ser suspendida. Por todo ello, procede la estimación del presente recurso.”*

*Distinto de lo anterior sería el carácter extraordinario de la sesión del Pleno. De acuerdo con el artículo 77 ROF, las sesiones del Pleno pueden ser de tres tipos: a) Ordinarias. b) Extraordinarias y c) Extraordinarias de carácter urgente.*

*Las particularidades de las sesiones extraordinarias podemos cifrarlas de la siguiente manera:*

*1.- Iniciativa: La iniciativa, por regla general, corresponderá al alcalde [artículo 46.2.a) LRBRL], lo que no será obstáculo –siquiera en teoría– para que éste convoque sesión*

extraordinaria urgente asumiendo –potestativamente– una iniciativa proveniente de los concejales. En caso contrario, la iniciativa de estos últimos, aun siendo preceptiva, podrá demorarse hasta quince e incluso veinticinco días hábiles [artículo 46.2.a) LRBRL]. En cualquier caso, ningún concejal podrá suscribir más de tres solicitudes anualmente [artículo 46.2.a) LRBRL]. Según la revista *El consultor de los ayuntamientos y los juzgados* (n.º 7, de 15 de abril de 2000, consulta 96), el límite anual mencionado anteriormente deberá computarse desde la fecha de inicio del mandato, siendo –en otro orden de cosas– subsanable la omisión de la justificación o el razonamiento de la petición de convocatoria (*El consultor*, op. cit., p. 412, y STS de 29 de abril de 1992). Según algunos autores (*El consultor*, op. cit., p. 411), la solicitud deberá ser firmada por todos los concejales –y, al menos, por la cuarta parte del número legal–, sin que sea lícito sustituir tal requisito por la firma de un portavoz. En cualquier caso, el alcalde no podrá incluir los puntos a tratar en el orden del día de una sesión ordinaria o de una extraordinaria con más asuntos, salvo autorización expresa de los interesados.

2.-Antelación mínima: No será necesario convocar tales sesiones con una antelación mínima [artículo 46.2.b)], siendo incluso lícita la convocatoria inmediata de hallarse todos los concejales presentes, siempre y cuando la naturaleza del asunto lo permita y el tiempo que medie entre la convocatoria y la celebración de la sesión no sea tan perentorio que frustre la efectividad de los derechos de información y participación de los concejales (STS de 8 de octubre de 1986 y de 20 de mayo de 1988, Aranzadi 4670 y 4481, respectivamente).

3.- De la urgencia.- De hecho, el carácter urgente de estas sesiones está íntimamente ligado a la ausencia de la antelación mínima ordinaria, porque de ser posible tal antelación, la sesión podría convocarse con carácter no urgente (artículo 79 del ROF). Ello no obstante, la primera decisión que deberá adoptar el Pleno será la de ratificar la convocatoria urgente por mayoría simple, debiendo motivarse y fundarse la convocatoria en la imposibilidad de demorar por más tiempo la resolución del asunto (artículos 79 y 80.1 del ROF). Es importante que la urgencia se funde en motivos reales y de cierta entidad; pues de lo contrario la existencia de una mayoría –incluso cualificada– a favor de la ratificación de la convocatoria no evitaría la nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados; pues no debe perderse de vista que el abuso de las sesiones extraordinarias urgentes es susceptible de lesionar de forma insubsanable el derecho de la oposición a participar en la toma de decisiones con tiempo suficiente como para ilustrarse debidamente del contenido y el alcance de los acuerdos en proyecto. Y ello sin añadir el menoscabo que tal género de abusos podría ocasionar en relación con la publicidad general y vecinal de las sesiones plenarias. Sobre este particular existe una casuística importante. Tenemos, por ejemplo, la STSJ de Andalucía-Málaga, de 22 de noviembre de 1999 (BDED 45249), que declaró la nulidad de un Pleno extraordinario y urgente convocado sin fundamentar debidamente tal urgencia, con una hora de antelación, no pudiendo ser encontrados varios concejales. Y en esta misma dirección, la STSJ de Cantabria, de 8 de junio de 2000 (BDED 26670), puso de manifiesto la necesidad de justificar la urgencia de las sesiones extraordinarias convocadas con tal carácter, considerando motivo plausible la considerable acumulación de asuntos pendientes cuya demora fuera susceptible de traducirse en perjuicios para el interés municipal. La STS de 25 de junio de 2001 (BDED 32488) declaró la nulidad de un Pleno extraordinario celebrado sin respetar los plazos mínimos de convocatoria y sin estar a disposición de los concejales la documentación necesaria. Por su



parte, la STS de 1 de marzo de 2000 (ponente: Soto Vázquez) puso de relieve que la urgencia constituye un concepto jurídico indeterminado susceptible de control judicial, debiendo tratarse de una urgencia real, para añadir que, ello no obstante, la falta de justificación objetiva de la urgencia no tiene por qué traducirse en la anulación de la convocatoria si tal irregularidad no es susceptible de influir en el resultado de las votaciones y no han sido conculcados los derechos de asistencia, información y participación de los concejales. Por su parte, la STSJ de Andalucía-Málaga, de 19 de mayo de 2000 (BDED 55503), vino a señalar que los concejales que, pudiendo, no han asistido a una sesión plenaria extraordinaria y urgente votando en contra, no pueden luego pretender impugnar la convocatoria.

4.- *Limitación de asuntos a tratar:* Sólo podrán ser tratados los asuntos incluidos en el orden del día, siendo nulos los adoptados contraviniendo esta limitación (artículos 100.4 de la LMC y 83 del ROF).

5.- *El orden del día:* Cuando la iniciativa de la convocatoria parte del alcalde, el orden del día es fijado por éste sin mayores problemas. Los conflictos suelen presentarse cuando la iniciativa de la convocatoria ha partido de los concejales de la oposición. En estos casos hay que tener presentes las siguientes reglas: a) El aludido derecho de los concejales es de índole fundamental (artículo 23.2 de la Constitución), lo que obliga a interpretar su regulación de forma generosa, acogiéndose a la exégesis de las leyes más favorable para las minorías destinatarias de ese cauce de participación. Ello no obstante, no nos hallamos ante un derecho fundamental absoluto –ninguno lo es–, y puede verse limitado si se pretende abusar del mismo en perjuicio de los derechos de los otros electos, o en perjuicio de otros bienes o valores constitucionalmente protegidos. Ello no obstante, tales limitaciones deberán ser interpretadas de forma restrictiva.

No obstante lo anterior, la facultad del alcalde de fijar discrecionalmente el orden del día de las sesiones (artículo 82.1 del ROF) debe ceder, pues, en estos casos, frente al derecho de los concejales promotores de la sesión extraordinaria a que ésta se celebre en los términos interesados, máxime contemplando el artículo 46.2.º) LRBRL una importante limitación en cuanto al número de sesiones extraordinarias del Pleno susceptibles de ser promovidas por las electos.

Al respecto, el alcalde puede, no obstante, excluir excepcionalmente determinados puntos –o denegar la convocatoria si la exclusión afecta a todos los puntos propuestos– cuando esté en condiciones de invocar motivos ajenos al principio de oportunidad política, tales como por ejemplo: –Defectos insubsanables de la solicitud, o haber agotado los concejales proponentes el número máximo de sesiones anuales peticionables. –Haberse pronunciado la corporación recientemente sobre el mismo asunto [ver la STS de 12 de junio de 1991, Aranzadi 5047, que consideró un abuso de derecho la solicitud de sesión extraordinaria formulada por concejales de la oposición, con el objeto de debatir un asunto resuelto en la última sesión ordinaria. En el mismo sentido, la STS de 9 de diciembre de 2000 (BDED 50166)]. –Ser, la propuesta, claramente constitutiva de delito o falta. –Corresponder, la adopción del acuerdo, de forma manifiesta, a otro poder público, salvo que de lo que se trate sea simplemente de elevar peticiones a terceras instancias, o de manifestar el parecer del ayuntamiento sobre un asunto que puede afectar a los intereses del municipio. –Tratarse de un asunto cuya competencia corresponda a otro órgano de la corporación, salvo que lo que

se pretenda sea debatir la gestión de ese órgano a efectos de mero control (Alonso Higuera, *op. cit.*, pp. 473 y 474). También sobre este particular existe una importante casuística. La STSJ de Canarias (Las Palmas), de 4 de junio de 1999 (BDED 28370), señala la procedencia de convocar la sesión para tratar de la discusión habida entre un concejal y funcionarios de la Policía Local. En el mismo sentido, la STS de 27 de mayo de 1999 (DE 10529) nos recuerda la viabilidad de estas sesiones extraordinarias con el objeto de poder debatir la gestión de un concejal delegado en la junta de una residencia para la tercera edad. Por su parte, la STSJ de Asturias, de 12 de marzo de 1999 (BDED 7952), pone de relieve las mismas consideraciones por lo que respecta a un debate sobre las consecuencias derivadas del cierre de una fábrica de armas, y la STSJ de La Rioja, de 5 de diciembre de 1997 (BDED 18175), hace otro tanto en relación con un debate sobre la ejecutoria del Consejo Escolar.

A su vez, la STS de 5 de abril de 2000 (Aranzadi 4016), pone de manifiesto que pueden ser rechazadas las peticiones de convocatoria de Pleno extraordinario que se refieran a cuestiones inconcretas, las que persigan la emisión de informes genéricos, o las que puedan dar lugar a un uso abusivo o antisocial del derecho aludido, siendo procedentes, en cambio, cuando persigan, por ejemplo, un debate sobre la política de contratación de personal del equipo de gobierno. Más dudosa es la posibilidad de denegar la convocatoria o excluir determinados puntos del orden del día por motivos de mera legalidad, o por motivos de legalidad no cualificados ni manifiestos, siendo, en estos casos, mucho más correcto convocar la sesión, advirtiendo, en la misma, la responsabilidad que podrían contraer los promotores y los sustentadores del acuerdo (El consultor, *op. cit.*, pp. 415 y 416). Dado el sentido y el alcance del artículo 46.2.a) LRBRL, no será obstáculo para la convocatoria el hecho de que el asunto no haya sido o no pueda ser dictaminado previamente por la comisión informativa competente.

## CONCLUSIONES

Las competencias sobre la convocatoria de sesiones ordinarias del Pleno, se distribuyen de la siguiente manera:

- Corresponde al **Pleno** fijar la **periodicidad** de las sesiones ordinarias sobre la línea de mínimos establecida en la LBRRL (mensual, bimestral, o trimestral).
- Corresponde al **Alcalde convocar la sesión el día que hubiere prefijado el calendario de sesiones** (si es que dicho calendario acota el día), **decidir el orden del día**, dado que no es una competencia atribuida al Pleno (art. 41.27 ROF).
- El Pleno puede fijar únicamente la periodicidad o, también, el día de celebración de las sesiones ordinarias. En el primer supuesto el Alcalde elige el día y en el segundo el Alcalde debe respetar el día preestablecido por el Pleno, al ser una atribución del órgano colegiado.
- Respecto de las sesiones extraordinarias, sus peculiaridades se reflejan en lo concerniente en el cuerpo del presente y referentes a la iniciativa, la antelación mínima de la convocatoria, según sea urgente o no y el orden del día.

**II. De las Retribuciones e Indemnizaciones de los miembros de la Corporación municipal.**

*Respecto de las retribuciones e indemnizaciones de los miembros de las Corporaciones Locales, se ha de estar a lo previsto en el art. 13 del ROF que dispone que “los miembros de las Corporaciones Locales tendrán derecho a percibir, con cargo al Presupuesto de la entidad local, las retribuciones e indemnizaciones que correspondan, en los términos que se determinan en los párrafos siguientes. De acuerdo con lo establecido en el artículo 75.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, tendrán derecho a percibir retribuciones y a ser dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social los miembros de las Corporaciones Locales que desarrollen sus responsabilidades corporativas en régimen de dedicación exclusiva”.*

*Es competencia del Pleno, a propuesta del Presidente, determinar, dentro de la consignación global contenida a tal fin en el Presupuesto, la relación de cargos de la Corporación que podrán desempeñarse en régimen de dedicación exclusiva y, por tanto, con derecho a retribución, así como las cuantías que correspondan a cada uno de ellos en atención a su grado de responsabilidad.*

*El mencionado artículo 75 LBRL fija el régimen de retribuciones y reconoce el derecho a recibir indemnizaciones por los gastos ocasionados por el ejercicio del cargo. Asimismo determina que percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de que formen parte, en la cuantía que señale el Pleno de la misma. Para hacer efectivo este derecho, las Corporaciones locales deben consignar en sus presupuestos las retribuciones, indemnizaciones y asistencias dentro de los límites que con carácter general se establezcan, en su caso. El artículo 75 Bis, introducido por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, fija el límite máximo que pueden percibir por estos conceptos. La competencia sigue siendo del Pleno pero con las limitaciones contenidas en el referido artículo 75 Bis.*

*Siendo el Pleno de la Corporación el órgano legitimado para fijar las retribuciones de Alcalde y concejales, nada obstaría a que éste, a propuesta de un grupo de concejales bien mediante una moción, bien mediante una solicitud de sesión extraordinaria, provocase un nuevo pronunciamiento del Pleno revocando uno anterior y/o fijando, a la baja, las retribuciones del Presidente de la Corporación.*

*El artículo 97.3 del ROF conceptúa la moción como la propuesta que se somete a conocimiento del Pleno y teniendo en cuenta que la remuneración debe estar vinculada con la efectiva dedicación, se puede concluir que no existen derechos adquiridos para quien desempeña el cargo y en consecuencia no se patrimonializa como si se tratara de un puesto de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas.*

*En este sentido, STSJ de Castilla la Mancha de 27 de marzo de 2001, que desestima el recurso presentado frente al acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento por el que se decide retirar al recurrente, el Alcalde del Ayuntamiento, la dedicación exclusiva y la retribución económica que se derivaba de ello a raíz de una moción presentada por diversos concejales en sesión ordinaria que se debatió fuera del orden del día previa especial declaración de urgencia. (...) “dedicación y reconocimiento de una retribución no son actos declarativos de derechos y el Acuerdo recurrido no precisaba de acudir a este procedimiento, bastando para surtir efectos a partir del momento de su adopción sin que ello implicase revocar los anteriores sino que el Ayuntamiento estimó a partir de ese momento que no era precisa esa dedicación y por consiguiente dejaba de tener virtualidad la retribución”.*

*Ahora bien, lo que no resulta posible es condicionar la cuantía de las retribuciones a un factor externo ajeno al propio ejercicio de las funciones inherentes al cargo como sería la fecha/hora de celebración de las sesiones plenarias. Las únicas limitaciones serán las fijadas en las correspondientes leyes de Presupuestos Generales del Estado.*

*El artículo 75 bis de la Ley 7/85 es claro:*

*“Los miembros de las Corporaciones Locales serán retribuidos por el ejercicio de su cargo en los términos establecidos en el artículo anterior. Los Presupuestos Generales del Estado determinarán, anualmente, el límite máximo total que pueden percibir los miembros de las Corporaciones Locales por todos los conceptos retributivos y asistencias, excluidos los trienios a los que en su caso tengan derecho aquellos funcionarios de carrera que se encuentren en situación de servicios especiales, atendiendo entre otros criterios a la naturaleza de la Corporación local y a su población según la siguiente tabla...”*

*El Pleno de la Corporación es asimismo, competente para determinar si sus miembros percibirán ciertas cantidades, denominadas “asistencias”, por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de que formen parte. La finalidad de dicha cantidad o indemnización es compensar el trabajo que supone a sus miembros asistir a dichos órganos, correspondiente a la preparación de sesiones y a la asistencia a ellas, y no por un trabajo efectivo en su área de competencia, u otros gastos derivados del ejercicio de su cargo. Así, la jurisprudencia considera que las asistencias son indemnizaciones por el lucro cesante, es decir, por una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obtención de otro ingreso durante el tiempo que tal trabajo o dedicación al cargo sea exigido, entendiéndose, por la “pérdida o dedicación de un tiempo a una actividad”, cuando se podría haber estado dedicando a otra (STS 12/07/2006). Como características de las indemnizaciones por asistencia a órganos colegiados (artículo 13.6 del ROF y artículo 75.3 de la LRBRL), destacamos las siguientes:*

- *La percepción de dicha indemnización lo será por la “concurrencia efectiva a las sesiones”, es decir, el acuerdo del Pleno no puede fijar la percepción de una cantidad de forma fija y periódica, ni obviar la asistencia efectiva de los miembros de la Corporación a dichas sesiones.*

- *Las sesiones a computar se corresponderán con órganos colegiados que sean de la Corporación y para los que haya sido nombrado como miembro de los mismos.*

- *Dichas cantidades únicamente podrán ser percibidas por aquellos miembros de la Corporación que no desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva o parcial. No obstante, todos podrán percibir esta clase de indemnizaciones cuando se trate de órganos rectores de Organismos dependientes de la Corporación Local que tengan personalidad jurídica independiente, de Consejos de Administración de Empresas con capital o control municipal o de Tribunales de pruebas de selección de personal (entendiéndose derogado esta última asistencia tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público).*

- *La cuantía será fijada libremente por el Pleno, si bien deberán tenerse en consideración una serie de aspectos que han sido perfilados por la jurisprudencia, como son:*

1) *La improcedencia de fijar una cuantía diferenciada a la Alcaldía, o a unos concejales respecto a otros, por su asistencia al mismo órgano colegiado (STS 1 de diciembre de 1995)*

2) *La necesidad de justificar de una forma legítima y razonable, la determinación de cantidades distintas a percibir por asistencias, dependiendo del órgano colegiado de que se trate.*

**Conclusión.-** *De acuerdo con el artículo 75 de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las bases del Régimen local, corresponde al Pleno la fijación de las retribuciones y las asistencias de los miembros de la corporación con las limitaciones previstas en las correspondientes leyes de Presupuestos Generales del Estado, sin que tales percepciones puedan quedar condicionadas a elementos ajenos al ejercicio del cargo. La cuantía será fijada libremente por el Pleno, si bien deberán tenerse en consideración una serie de aspectos que han sido perfilados por la jurisprudencia, como son:*

1) *La improcedencia de fijar una cuantía diferenciada a la Alcaldía, o a unos concejales respecto a otros, por su asistencia al mismo órgano colegiado (STS 1 de diciembre de 1995)*

2) *La necesidad de justificar de una forma legítima y razonable, la determinación de cantidades distintas a percibir por asistencias, dependiendo del órgano colegiado de que se trate.*

### **III.- Moción que impulsa el abono de factura por trabajos ejecutados en 2015. Ausencia de comprobación material y de imputación al presupuesto vigente.**

*En relación con la moción del Grupo PSOE, presentada en fecha 10/12/2019, relativa al pago de una deuda con el contratista Valentín Rodríguez Gebrero, indicar lo siguiente:*

*Se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de dicha moción que en fecha 24/11/2014 el contratista de referencia y el Ayuntamiento de \_\_\_\_ realizaron un contrato para el arreglo de caminos por importe total de 18.000,00 euros. En relación con dicho contrato, se presentaron dos facturas:*

*- Factura de fecha 5/2/2015, por importe de 6.000 euros, la cual fue pagada por el Ayuntamiento por transferencia de Ibercaja el 13/02/2015. Estos datos han podido ser contrastados en la contabilidad municipal toda vez que por esta Diputación se viene realizando a petición del propio Ayuntamiento de \_\_\_\_ la supervisión de su contabilidad.*

*- Factura de 12.000,00 Euros, de fecha 18/5/2015. En el texto de la moción se pone de manifiesto que como pago a cuenta de dicha factura se ha realizado una transferencia por importe de 2.000,00 • en fecha 13/09/2016 desde la entidad Ibercaja, por lo que restarían por pagar 10.000,00 Euros.*

*De los antecedentes y documentación aportados por el Ayuntamiento de \_\_\_\_ se tiene constancia de que, en fecha 4/6/2015 se presenta por Registro General de Entrada (NRGE 1005) la factura n.º 4/2015, de fecha 18/05/2015, por importe de 12.000,00 •. No obstante, dicha factura no aparece imputada contablemente al presupuesto municipal. Es decir, no se ha reconocido obligación alguna con cargo a los créditos municipales de dicho ejercicio de 2015, ni sucesivos. (La única constancia según documentación remitida, es copia en papel*

de dicha factura). Asimismo, tampoco se ha podido verificar en la contabilidad municipal, de dicho ejercicio ni sucesivos, el pago a cuenta a dicho contratista por importe de 2.000,00 euros que, según la exposición de motivos de la moción sometida a informe, se realiza en fecha 13/09/2016. Del programa contable sicalwin sólo se puede extraer que en dicha fecha, 13/09/2016, se hicieron los siguientes pagos al contratista de referencia, pero vinculados a sus respectivos contratos menores documentados en las correspondientes facturas:

- Pago de 417,45 euros en concepto de horas de maquinaria
- Pago de 713,90 euros en concepto de horas de maquinaria
- Pago de 1.409,19 euros en concepto de horas de maquinaria

Por otra parte, en fecha 6/6/2019, con NRE 944, se presenta en el Registro de Entrada de documentos del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, factura de n.º 4/2015, y de fecha 18/05/2015, por importe de 10.000,00 euros en concepto de trabajos de reparación de caminos. Se observa, que la factura coincide en numeración, fecha de expedición y objeto que la presentada en fecha 4/6/2015 lo único que varía es el importe de la misma, 10.000,00 euros en lugar de 12.000,00 euros. Dicha factura tampoco aparece imputada contablemente al presupuesto municipal, es decir, no se ha reconocido obligación alguna con cargo a los créditos municipales, y sin embargo, el objeto de la moción es proponer el abono de dicha cantidad al contratista.

En relación con los antecedentes descritos, se pueden hacer las siguientes consideraciones:

Primera. De la extinción de los créditos existentes contra la Hacienda Local por prescripción.

Las facturas presentadas en fecha 4/6/2015 y 6/6/2019 están duplicadas (ambas son la factura 4/2015 de fecha 18/05/2015) y reclaman la misma obligación, si bien por importes diferentes. Sin perjuicio de lo anterior y en relación con ambas facturas, parece haber operado el instituto de la prescripción, que es el mecanismo en virtud del cual se produce, de modo anormal, la extinción de los créditos existentes contra la Hacienda Local por el mero transcurso de un determinado período de tiempo sin que el acreedor haya ejercitado su derecho. La fundamentación jurídica o causa determinante de la prescripción es la salvaguarda del principio de seguridad jurídica, que exige que el tráfico jurídico responda a unas constantes de fiabilidad y certidumbre difícil-mente alcanzables si determinadas relaciones jurídicas se encuentran en estado de pendencia durante un período de tiempo dilatado e incluso indefinido.

Tal es el criterio del Tribunal Supremo cuando en su sentencia de 6 de octubre de 1986 (RJ 5394) establece que: “La prescripción es una institución jurídica en la que en virtud del tiempo transcurrido se hace prevalecer la seguridad a la justicia, para así obtener un mínimo de certeza en las relaciones jurídicas por encima de cualquier otra consideración”.

Así, la prescripción extintiva o liberatoria de las obligaciones de la Hacienda Pública se configura, en consecuencia, como un instrumento legal en virtud del cual el mero transcurso del plazo legalmente establecido determina la posibilidad de extinción de los créditos existentes contra la Hacienda Pública, pudiéndose oponer al ejercicio de acciones extemporáneas por parte de los titulares de dichos créditos, tanto si dichas acciones pretenden el reconocimiento

o cuantificación por la Hacienda de una determinada obligación (cual es el presente caso), como si tratan de exigir el pago de obligaciones ya previamente reconocidas o liquidadas. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 12 de junio de 1990 (RJ 4757) establece que: “La prescripción extintiva se basa en la presunción de abandono de un derecho por su titular”.

Es decir, el efecto sustancial de la prescripción se concreta en el apoderamiento que el ordenamiento jurídico realiza en beneficio de la Administración para oponerse a una reclamación extemporánea realizada por quien pretende, o bien el reconocimiento o cuantificación de una determinada obligación, o bien el pago de una obligación ya liquidada y reconocida previamente. Y, por lo tanto, de manera correlativa, el acreedor se ve privado de la facultad de compeler a la Administración Pública al cumplimiento de la obligación, o a su reconocimiento o cuantificación.

De lo anterior cabe concluir, a nuestro juicio, la posibilidad de declarar prescritas tanto obligaciones ya previamente reconocidas o liquidadas y pendientes de pago, como obligaciones pendientes de aplicación presupuestaria, que es el caso que nos ocupa, ya que la obligación que se reclama no está aplicada al presupuesto municipal de \_\_\_\_.

Así, si ha transcurrido el plazo legalmente establecido al efecto, las obligaciones de la Hacienda Local serán baja en las respectivas cuentas, previa tramitación del oportuno expediente, siempre y cuando el acreedor NO haya efectuado ninguna reclamación fehaciente de su crédito que interrumpa la prescripción.

Por lo tanto, en caso de que el acreedor haya realizado actuación fehaciente alguna en reclamación o intimación de su deuda, se produciría la interrupción del plazo de la prescripción, cuyo cómputo debería de reiniciarse a partir de la fecha de la reclamación. En este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia, entre otras, de 12 de julio de 1991 (RJ 5381) cuando establece que: “El instituto de la prescripción, al no estar constituido sobre los principios de la justicia intrínseca, ha de ser tratado con un criterio restrictivo, de tal modo que, en lo referente a la prescripción extintiva, en cuanto aparezca fehacientemente evidenciado el <<animus conservandi>> por parte del titular de la acción, incompatible con toda idea de abandono de ésta, ha de entenderse que queda correlativamente interrumpido el <<tempus praescriptionis>>”.

La regulación legal de la prescripción se encuentra en la Ley General Presupuestaria, de aplicación supletoria a las Haciendas Locales, que, tras establecer en su artículo 21 la exigibilidad de las obligaciones de la Hacienda Pública estatal (en el mismo sentido que lo hace el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales), regula la extinción de las mismas en su artículo 22, indicándose que las obligaciones de la Hacienda Pública estatal se extinguen por las causas contempladas en el Código Civil y en el resto del ordenamiento jurídico.

Así, es el artículo 25 de la Ley General Presupuestaria, en concordancia con lo establecido en los artículos 1930 a 1975 del Código Civil, el que regula los efectos de la prescripción en el ámbito de las obligaciones de la Hacienda Pública, estableciendo el alcance de la misma como medio de enervar el ejercicio de acciones o derechos por parte de particulares frente a la Hacienda Pública.

El artículo 25 de la Ley General Presupuestaria es del siguiente tenor literal:

<<Artículo 25. Prescripción de las obligaciones.

1.- Salvo lo establecido por leyes especiales, prescribirán a los **cuatro años**:

a) **El derecho al reconocimiento o liquidación por la Hacienda Pública estatal de toda obligación que no se hubiese solicitado con la presentación de los documentos justificativos. El plazo se contará desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación o desde el día en que el derecho pudo ejercitarse.**

b) El derecho a exigir el pago de las obligaciones ya reconocidas o liquidadas, si no fuese reclamado por los acreedores legítimos o sus derechohabientes. El plazo se contará desde la fecha de notificación, del reconocimiento o liquidación de la respectiva obligación.

2.- Con la expresada salvedad en favor de leyes especiales, la prescripción se interrumpirá conforme a las disposiciones del Código Civil.

3.- Las obligaciones a cargo de la Hacienda Pública estatal que hayan prescrito, serán baja en las respectivas cuentas, previa tramitación del oportuno expediente.

En relación a la aplicabilidad del contenido de la Ley General Presupuestaria a la Administración Local, cabe acudir al criterio jurisprudencia establecido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de noviembre de 1996, en cuyo fundamento de derecho tercero señala que: “En virtud de la necesaria integración del sistema jurídico para salvar cualquier insuficiencia o laguna, consideramos que es aplicable a la prescripción de los créditos contra las Haciendas Locales el plazo de cinco años previsto por el artículo 46 de la Ley General Presupuestaria para la Hacienda Pública, (...), y, además, es el plazo de exigibilidad de las deudas tributarias (artículo 12 de la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, y 64 de la Ley General Tributaria), de manera que el indicado término de cinco años se configura como general para reclamar los créditos contra o a favor de los entes locales mientras no exista precepto específico que establezca otro diferente (Fundamento primero, sentencia del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, de 16 de diciembre de 1991)”.

Advertir que si bien la referida sentencia marca un plazo de cinco años es porque se refiere al artículo 46 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobada por Real Decreto Legislativo 1.091/1988, de 23 de septiembre, pero en lo que a este expediente respecta, se debe de tener en cuenta que resulta de aplicación el artículo 25 de la Ley General Presupuestaria de 2003 y, por lo tanto, el plazo de prescripción es el de cuatro años previsto en este artículo.

Así las cosas, y a la vista de lo dispuesto en el artículo 25.1 a) de la LGP, prescriben a los cuatro años las obligaciones pendientes de reconocimiento o liquidación por parte de la Hacienda Pública, cual es el caso de la factura objeto del presente informe.

En orden a la determinación del “dies a quo” del cómputo de dicho plazo de cuatro años, debe tenerse en cuenta lo siguiente: Respecto de las obligaciones pendientes de reconocimiento o liquidación por parte de la Hacienda Local, establece dicho artículo 25.1a) LGP que el plazo deberá contarse “desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación o desde el día en que el derecho pudo ejercitarse”.



*Así en nuestro caso concreto se toma como fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción la fecha de expedición de la factura, 18 de mayo de 2015, interpretando que es la fecha en la que se concluyó la prestación determinante de la obligación. Así pues, la obligación habría prescrito el 18/05/2019, salvo que el contratista haya presentado reclamaciones fehacientes de dicha deuda, circunstancia que no consta en esta Oficialía Mayor.*

*Por lo tanto, debería llevarse a cabo el oportuno expediente y prescribir ambas facturas con n.º 4/2015 y fecha 18/05/2015 por sendos importes de 12.000 y 10.000 euros respectivamente.*

*En cuanto a la determinación del **órgano competente para la aprobación del expediente de prescripción**, no se establece de manera expresa en la legislación aplicable al régimen local. Así, existen teorías que atribuyen la competencia al Alcalde-Presidente en base a la competencia de carácter residual que le confiere el artículo 21.1s) LBRL; mientras que otras teorías entienden que la prescripción es una cuestión de orden público, por lo que opera de manera automática, salvo prueba en contrario de interrupción del plazo de prescripción, debiendo declararse incluso de oficio. No obstante, a nuestro juicio, y de conformidad con la interpretación que viene realizando el Tribunal de Cuentas en sus informes de fiscalización de las Cuentas de las Entidades Locales, la competencia está atribuida al **Pleno de la Corporación**, dado que la baja en la contabilidad municipal de las obligaciones afecta a las cuentas generales del Ayuntamiento, correspondientes a la agrupación de ejercicios cerrados, que en su día fueron aprobadas por el Pleno de la Corporación.*

*Por todo lo expuesto, y según la doctrina del Tribunal de Cuentas, la aprobación del presente expediente debe realizarse por el Pleno de la Corporación.*

*El procedimiento para la declaración de prescripción de la factura de referencia sería el siguiente:*

- Providencia de incoación del expediente, en la que se detallen las obligaciones cuya baja se propone motivadamente.*
- Informe preceptivo de la Intervención Municipal.*
- Dictamen de la Comisión Especial de Cuentas.*
- Notificación al interesado, otorgándole un plazo de 15 días hábiles a efectos de presentación de reclamaciones, reparos u observaciones que deberán ser, en su caso, informadas por la Intervención Municipal con carácter previo a su elevación al Pleno de la Corporación.*
- Aprobación definitiva por el Pleno de la Corporación con resolución, en su caso, de las reclamaciones presentadas.*

*Como ya se ha expuesto a lo largo del presente informe, la prescripción extintiva supone la extinción de una obligación por falta del ejercicio de la acción pertinente por parte del acreedor durante el plazo legalmente establecido, siempre y cuando dicho plazo no se haya interrumpido por cualquier acción fehaciente del interesado conducente al pago o al reconocimiento de la obligación y, en este sentido, la prescripción de las obligaciones con cargo a las Haciendas Públicas (incluida la Hacienda Local) viene regulada en el artículo 25*

*LGP, estableciéndose como regla general el plazo de cuatro años para que tenga efectos la prescripción, plazo que pese a ser suficientemente dilatado, el acreedor ha dejado transcurrir por causas a él imputables exclusivamente y que, por lo tanto, motivan la extinción ex lege de la obligación de que se trate.*

*Por ello, la alegación de la doctrina del enriquecimiento injusto de la Administración entendemos que no es aplicable, ya que no se pueden revivir en el momento presente, para su abono, unas obligaciones respecto de las que la tardanza en su reclamación por parte del acreedor ha hecho que operara el instituto de la prescripción legalmente previsto como causa anormal de extinción de las obligaciones.*

### **Segunda. Del reconocimiento extrajudicial del crédito por el Pleno de la Corporación.**

*No obstante lo expuesto, si hubiese alguna reclamación fehaciente del contratista que interrumpiese el plazo de prescripción, o bien la Corporación decidiese el abono de la obligación reclamada, debería hacerse a través del procedimiento del reconocimiento extrajudicial de crédito, previa realización de las siguientes actuaciones:*

*En primer lugar, determinación fehaciente de la cantidad reclamada. Es decir, si se considera que la cantidad reclamada es la que documenta la factura de 10.000,00 euros, debería procederse a la devolución por escrito, con registro general de salida, de la factura de 12.000,00 euros, y viceversa.*

*En segundo lugar, la factura deberá ser conformada por el órgano responsable, para que sirva de acreditación ante la intervención municipal de que la prestación se ha realizado en las condiciones pactadas. Para ello debería acreditarse, mediante el correspondiente informe técnico, que los trabajos realizados y facturados se han llevado a efecto a satisfacción de la administración.*

*Una vez realizadas dichas actuaciones, para proceder al reconocimiento y pago de la obligación reclamada debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el principio de anualidad presupuestaria, dichos gastos no podrían imputarse al ejercicio corriente, tal y como se establece en el artículo 176.1 del TRLRHL y en el 26.1 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, cuando disponen que, con cargo a los créditos del estado de gastos de cada presupuesto únicamente se podrán contraer obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos en general, que se realicen en el año natural del propio ejercicio presupuestario.*

*No obstante lo anterior, el artículo 26.2c) del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, prevé, coma excepción al principio de anualidad presupuestaria, la posibilidad de reconocimiento de obligaciones correspondientes a ejercicios anteriores que, por cualquier causa, no haya sido reconocidas en el ejercicio económico al que correspondían, al que se refiere el artículo 60.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril.*

*Dicho artículo 60.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, hace referencia al reconocimiento extrajudicial de créditos. Esta figura excepcional responde básicamente a la necesidad de evitar un enriquecimiento injusto de la Administración actuante en la medida en la que el tercero acreedor, una vez cumplida su prestación, tiene derecho a obtener el importe de la contraprestación pactada (así lo señalan numerosas sentencias de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, considerándose como doctrina jurisprudencial).*

*Además, los retrasos en el reconocimiento y abono de obligaciones dan lugar a reclamaciones de pago de intereses de demora y de indemnizaciones por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, modificada por la Ley 15/2010, de 5 de julio, con el consiguiente perjuicio económico para el Ayuntamiento. Así la legislación contractual establece que la Administración tiene la obligación de abonar el precio dentro de los 30 días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, debiendo producirse dicha aprobación dentro de los 30 días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio, y si se demora, deberá abonar al contratista, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.*

*De esta forma, a través del reconocimiento extrajudicial de créditos, se viene a producir una especie de convalidación de la actuación administrativa realizada, con independencia de la inexistencia de cobertura presupuestaria en el momento de realizar el gasto o de la inobservancia del procedimiento general de contratación.*

*En el caso de la obligación objeto del presente informe debería aprobarse a través de dicho procedimiento de reconocimiento extrajudicial de crédito ya con cargo a los créditos del presupuesto del ejercicio económico 2020, previa dotación de la oportuna consignación presupuestaria, toda vez que en el presupuesto del ejercicio económico 2019 no existe consignación presupuestaria adecuada y suficiente y dada la fecha en la que nos encontramos, no es posible la tramitación y aprobación de una modificación presupuestaria ni la concertación de un préstamo para atender dicha obligación, tal y como se propone en la moción objeto de informe.*

*No obstante advertir que la aprobación de la obligación de referencia deber ser objeto de reparo suspensivo por la Intervención municipal ya que se trata de un gasto que se ha realizado con ausencia de consignación presupuestaria y se vulnera también el principio de anualidad presupuestaria. Dicho reparo suspensivo debe ser levantado por el Pleno de la Corporación con carácter previo a la aprobación del reconocimiento de la obligación.*

*El reparo deriva de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 176.1 y 216.2a) del TRLRHL, y 26.1 del RD 500/1990,*

*En cuanto al órgano competente para el reconocimiento extrajudicial de crédito es el Pleno, tal y como se deduce del artículo 23.1 e) del TRRL y del artículo 60.2 del RD 500/1990.*

*Finalmente indicar que el reconocimiento extrajudicial de crédito requiere mayoría simple para su aprobación.*

## **CONCLUSIÓN**

*• La factura cuyo pago se insta mediante la correspondiente moción, data del ejercicio 2015 (mayo y junio de 2015) y salvo que se hubiesen realizado por el acreedor actuaciones*

posteriores, el crédito estaría prescrito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley General Presupuestaria.

- No obstante lo anterior y en el caso de que no hubiese operado el instituto de la prescripción, para proceder al pago de la misma resultará necesario el reconocimiento de la obligación y su imputación al ejercicio presupuestario corriente (art. 163 TRLRHL) lo cual requerirá:

- La conformidad de la factura, esto es, la recepción de que los trabajos realizados se han realizado los términos de lo contratado.

- Acuerdo de Pleno reconociendo la obligación y su imputación a los créditos del presupuesto del ejercicio económico 2020, previa dotación de la oportuna consignación presupuestaria, toda vez que en el presupuesto del ejercicio económico 2019 no existe consignación presupuestaria adecuada y suficiente y dada la fecha en la que nos encontramos, no es posible la tramitación y aprobación de una modificación presupuestaria ni la concertación de un préstamo para atender dicha obligación, tal y como se propone en la moción objeto de informe. Todo ello de conformidad con el artículo 60.2 del RD 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales en materia de presupuestos.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

**PERSONAL**



## PERSONAL

---

### INDEMNIZACIÓN POR DESPLAZAMIENTO DE AGENTES DE POLICÍA LOCAL EN PRÁCTICAS PARA LA REALIZACIÓN DEL CURSO DE ACCESO

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

#### ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha \_\_ de enero de 2019, tiene entrada el Registro General de la Diputación (Anotación \_\_\_\_), mediante el que el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ solicita informe sobre “*Dietas y desplazamientos Policía Local.*”

- A requerimiento de este funcionario con fecha, 21 de enero de 2019, se remite por medio de correo electrónico los siguientes antecedentes:

- Escritos presentados por los Agentes de la Policía Local, Don \_\_\_\_\_ y Don \_\_\_\_\_, mediante los que solicitan que se les abonen las correspondientes indemnizaciones por gastos de transporte ocasionado por los desplazamientos a la Academia de Seguridad Pública de Extremadura para la realización del “XXVII Curso Selectivo para Agentes de la Policía Local”. La solicitud viene acompañada de los correspondientes certificados de asistencia mensual al Centro, en régimen de internado, expedidos por el Jefe de Servicio de Administración General, Dirección General de Emergencias y Protección Civil, Consejería de Medio Ambiente y Rural, Políticas Agrarias y Territorio de la Junta de Extremadura.

- Escrito del Sr. Alcalde de \_\_\_\_\_ con el siguiente contenido:

*“Como continuación a la consulta planteada:*

*Dos Policías Locales de nuevo ingreso han solicitado el abono del kilometraje por asistencia al curso selectivo para agentes de la Policía Local en la Academia de Seguridad Pública.*

*¿Procede abonar dichos gastos?*

*Aclarar que se trata de dos policías de nuevo ingreso que realizaron el curso previo a la toma de posesión como funcionarios de la Policía Local en la Academia de Seguridad Pública de Extremadura.”*

## **LEGISLACIÓN APLICABLE.**

- Constitución Española de 1978.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Texto Refundido de Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).
- Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP).
- Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOCFS).
- Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura (LFPEX).
- Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura (LCPLEX).
- Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración Local (RD 861/1986).
- Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado (RD 364/1995).
- Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio (RD 462/2002).
- Normas-Marco de los Policías Locales de Extremadura, aprobadas por el Decreto 218/2009, de 9 de octubre (NM-PLEX).

## **FONDO DEL ASUNTO.**

1º. El artículo 2.1 del TREBEP incluye en su ámbito de aplicación al personal funcionario al servicio de la Administración de las entidades locales, para establecer respecto de la Policía Local en el apartado 2 del precepto siguiente que “2. *Los Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las comunidades autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.*” Por su parte, el artículo 2.1 de la LFPEX, incluye asimismo en su ámbito de aplicación al personal funcionario de las Administraciones de las entidades locales de Extremadura.

Las normas citadas distinguen dentro de la clasificación del personal empleado público (artículo 8.2, la norma básica estatal, y artículo 12.2, norma autonómica) tanto funcionarios de carrera como funcionarios interinos, sin hacer alusión en



dicha clasificación a la condición o situación de funcionario en prácticas. Sin embargo, si se ocupan de los funcionarios en prácticas para la determinar su régimen retributivo:

- Artículo 26 del TREBEP: *“Las Administraciones Públicas determinarán las retribuciones de los funcionarios en prácticas que, como mínimo, se corresponderán a las del sueldo del Subgrupo o Grupo, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, en que aspiren a ingresar.”*

- Artículo 61 de la LFPEX:

*“1. El personal funcionario en prácticas percibirá unas retribuciones correspondientes al sueldo del grupo o subgrupo, en ausencia de aquél, en el que esté clasificado el cuerpo o escala en el que aspira a ingresar, o las de la agrupación profesional.*

*No obstante, si las prácticas o el curso selectivo se realizan desempeñando un puesto de trabajo, el importe anterior se incrementará en las retribuciones complementarias correspondientes a dicho puesto.*

*2. El personal funcionario en prácticas que ya esté prestando servicios remunerados en la Administración Pública extremeña como personal funcionario de carrera, interino o como personal laboral y disfrutara un permiso con este fin, deberá optar, al comienzo del período de prácticas o del curso selectivo, entre las retribuciones previstas en el apartado 1, además de los trienios reconocidos, o las correspondientes al puesto que viniera desempeñando hasta el momento de su nombramiento como funcionario en prácticas, además de los trienios que tuviera reconocidos.*

*3. El funcionario interino o de carrera que estuviera disfrutando de un permiso con el fin de realizar prácticas en otra Administración Pública, percibirá las retribuciones que le correspondan de la Administración en la que efectivamente preste servicios.”*

Pero la norma autonómica va más lejos en la concreción del régimen jurídico del funcionario en prácticas al extender en la disposición adicional sexta el Régimen General de la Seguridad Social *“1. A los funcionarios de nuevo ingreso, tanto durante el período de prácticas como en su condición de funcionarios de carrera ...”* Por último, y sin duda el antecedente normativo más relevante, el artículo 100 de la LFPEX delimita el concepto de funcionario en práctica en los siguientes términos: *“Cuando en los procesos selectivos de personal funcionario de carrera la convocatoria incluya un período de prácticas o un curso selectivo como parte del proceso selectivo, las personas propuestas para su realización serán nombradas personal funcionario en prácticas, perdiendo el derecho a ser nombradas personal funcionario de carrera si no lo superan conforme a los criterios de evaluación previstos en la correspondiente convocatoria.”* La conclusión es que estamos ante personal que indudablemente ostenta la condición de funcionario con todos los derecho y obligaciones propios de los mismos, sin más particularidades que las derivadas del régimen retributivo regulado en los preceptos transcritos y, esto es lo más importante, sobre el que pesa la posibilidad de perder el derecho a su nombramiento como funcionario de carrera si no supera el curso formativo y el período de prácticas previsto en la convocatoria.

2º. Lo hasta ahora expuesto está referido al régimen general, por lo que en atención lo dispuesto en el artículo 2.2 del TREBEP en relación con la Policía Local, procede que analizar su particular régimen, recogido principalmente en la normativa autonómica, en concreto la reciente Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura y las Normas-Marco de 2009.

En primer lugar, conviene destacar que el ámbito de aplicación de la LCPLEX se extiende asimismo en el artículo 2.2 “... a los funcionarios de policía local en prácticas, así como a los aspirantes y alumnos policiales que se encontraren realizando cursos selectivos y de formación en la Academia de Seguridad Pública de Extremadura.” Además, en artículo 50.4 (también en los artículos 27, 32 y 44 de las NM-PLEX) se exige que los sistemas de selección se culminen con la un curso selectivo de ingreso impartido por la Academia de Seguridad Pública de Extremadura y la realización de un período de prácticas, condiciones imprescindibles para la obtención de la condición de funcionario de carrera. Abundando en ello, las NM-PLEX, en su artículo 32. “*Del nombramiento de funcionarios en prácticas*”, precisan que “*Los aspirantes que hayan superado y aprobado la fase de oposición, una vez cumplidos los requisitos formales que establezca la correspondiente convocatoria, serán nombrados funcionarios en prácticas y percibirán, con cargo a la Corporación respectiva, las retribuciones que les correspondan. En todo caso, este nombramiento se otorgará al inicio del Curso Selectivo y durará hasta la toma de posesión como funcionarios de carrera.*” De manera que la condición de funcionario en práctica se adquiere, cuando menos, al inicio del curso selectivo y se permanece en la misma hasta la toma de posesión como funcionario de carrera; ello a salvo de que, como ya se vio, en aplicación del transcrito artículo 100 de la LFPEX, pierda el derecho a su nombramiento por no superar el curso o el periodo de prácticas.

3º. Ya se ha visto que el funcionario en prácticas lo es no sólo a título nomina, sino que como tal despliega todos los derechos y obligaciones propios de los funcionarios, sin más limitaciones que las establecidas legalmente dirigidas principalmente a un particular régimen retributivo, según la situación particular ante la que se encuentre. Se trata ahora, por tanto de determinar si le asiste el derecho a la percepción de las indemnizaciones en que incurra por gastos de transporte, como consecuencia del desplazamiento que se ve obligado a realizar para asistir la curso selectivo de Agentes de la Policía Local celebrado en la Academia de Seguridad Pública de Extremadura. El curso en cuestión, además de tener carácter obligatorio, conforme a lo anteriormente señalado, fue contemplado en las bases de la convocatoria del proceso a resultas del cual fueron seleccionados los reclamantes, publicadas en el BOP nº 222, de 22/11/2016 (a este respecto, conviene precisar que la derogada Ley 1/1990, de 26 de abril, ya contemplaba la realización del curso formativo con carácter obligatorio, véanse al respecto los artículos 3.3, 4.3, 14 y, sobre todo, 19).

Por su parte, el artículo 7. “*Comisiones derivadas de la asistencia a cursos convocados por la Administración*” del RD 462/2002, establece que “1. *La asistencia a los cursos de capacitación, ... o a la de cursos selectivos para ingreso en Cuerpos o Escalas mediante la superación de pruebas de promoción interna, contando con autorización expresa y siempre que se lleven a efecto fuera del término municipal donde radique su residencia oficial y*

*cualquiera que sea la duración de los mismos, podrá ser indemnizada, según su duración y el tipo de alojamiento, o como comisión de servicio o como comisión de servicio con la consideración de residencia eventual de acuerdo con la decisión que se adopte al respecto en la correspondiente Orden de designación.”*

Los conceptos de comisión de servicio y comisión de servicio con la consideración de residencia eventual están regulados en los artículos 3 y 6, respectivamente, de la misma norma. Así, el artículo 3 determina que *“1. Son comisiones de servicio con derecho a indemnización los cometidos especiales que circunstancialmente se ordenen al personal comprendido en el artículo anterior y que deba desempeñar fuera del término municipal donde radique su residencia oficial, entendiéndose como tal el término municipal correspondiente a la oficina o dependencia en que se desarrollen las actividades del puesto de trabajo habitual, salvo que, de forma expresa y según la legislación vigente, se haya autorizado la residencia del personal en término municipal distinto al correspondiente a dicho puesto de trabajo y se haga constar en la orden o pasaporte en que se designe la comisión tal circunstancia.”* En cualquier caso, debe advertirse que la distinción parece estar dirigida a supuestos de indemnizaciones por dietas de alojamiento o manutención, lo que no es el caso, por cuanto tales gastos son sufragados directamente por la propia Academia al llevarse a cabo en régimen de internado en la residencia existente. De todos modos, la distinción se realiza porque el artículo 5 limita su duración a un mes en territorio nacional, salvo casos excepcionales; en el que nos ocupa esa excepcionalidad estaría justificada por venir determinada la duración del curso en una norma legal.

En cuanto a lo que concierne al gasto de transporte y su eventual indemnización, la regulación se establece en los artículos 17 y 18 de citado RD 462/2002. Básicamente se trata de indemnizar el gasto en el que se haya incurrido *“... desde el lugar del inicio hasta el destino a que se refiere el artículo 4.3, y su regreso, en el medio de transporte que se determine al autorizar la comisión, procurándose que el desplazamiento se efectúe por líneas regulares.”* (artículo 17.1). La indemnización consistirá en el importe del billete dentro de las tarifas correspondiente a las distintas clases. No obstante, cuando excepcionalmente se autorice en la orden de comisión se podrá utilizar el vehículo particular u otros medios especiales de transporte (artículo 18.1), para cuyo caso la Orden EHA/3770/2005, de 1 de diciembre, prevé una indemnización de 0,19 euros/Km por el uso de automóviles y en 0,078 por el de motocicletas.

4º. En conclusión, se considera que los funcionarios reclamantes tienen derecho a indemnización de los gastos de transporte en que efectivamente hayan incurrido como consecuencia de su asistencia al “XXVII Curso Selectivo para Agentes de la Policía Local”, celebrado en la Academia de Seguridad Pública de Extremadura, debiendo determinarse los desplazamientos efectivamente realizados en función de los datos que constan en los certificados aportados junto con la solicitud. La cuantía se fijará, por tanto, en función de los trayectos de ida y vuelta entre \_\_\_\_\_, por ser el lugar de residencia oficial donde se encuentran las dependencias del Ayuntamiento del que es funcionario en práctica, y Mérida, lugar donde se encuentran las instalaciones de la Academia de Seguridad Pública de Extremadura.

Este es el informe de la Oficialía Mayor (Asistencia y Asesoramiento Jurídico Local) en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

# **REVISIÓN DE CONDICIONES LABORALES Y RECONOCIMIENTO DE TIEMPO REAL DE TRABAJO DEL JEFE DE LA POLICÍA LOCAL**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el siguiente INFORME

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

Mediante escrito la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, solicita informe en relación con el asunto epigrafiado.

A mencionado escrito y como documentación aneja se acompaña copia de la solicitud y recurso de reposición, presentados por el Subinspector Jefe de la Policía Local del Ayuntamiento, así como de la documentación obrante en el expediente municipal sobre catalogación de puestos de trabajo que refieren los conceptos retributivos y su valoración a efectos de emisión del presente.

## **LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Constitución Española (CE).
- Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).
- Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).
- Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 ( Ratificada el 20-01-1988) (CEAL).
- Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Publico, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP).
- Real Decreto 2568/86, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).
- Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura.
- Decreto 218/2009, de 9 de octubre, por el que se aprueban las Normas-Marco de los Policías Locales de Extremadura (N-M).
- Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFSE).

- Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el Régimen de las Retribuciones de los Funcionarios de Administración Local.

- Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y promoción profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

## FONDO DEL ASUNTO

**PRIMERO.-** Pertenece a la potestad organizatoria de la Administración respecto de los servicios a su cargo, y en el caso, los de su Policía, la distribución de la jornada a realizar durante los días de trabajo y, en concreto, el establecimiento de los horarios de trabajo, potestad discrecional que, obviamente, ha de ser ejercida en atención a las necesidades de los diferentes servicios, y por lo que se refiere a los servicios a cargo de la Policía Local, dado su carácter permanente durante todos los días de año y, por tanto, en los normales días de descanso semanal y festivos, las veinticuatro horas de cada día, deberán establecerse los oportunos turnos. El hecho de que hayan de prestar servicios todos los días del año, incluidos domingos y festivos, como el hecho de que parte de la jornada comprenda horas nocturnas, entra dentro de las especificidades de los horarios de estos funcionarios, circunstancia que junto con las demás que concurren en el desempeño de sus funciones (régimen de incompatibilidades, dedicación, riesgo, etc.) han de ser tenidas en cuenta en la fijación de sus retribuciones, como señala el art. 6.4 LOFSE, aplicable a los Cuerpos de Policía Local conforme a su art. 52.1. y así parece, resulta del complemento específico reconocido a los componentes del Cuerpo de la Policía Local de \_\_\_\_\_, en la catalogación o instrumento de ordenación de puestos examinado.

**SEGUNDO.-** Dentro de las funciones del Jefe de la Policía, el artículo 17.3.c de la Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura, atribuye a aquel la de *“Dirigir, coordinar y supervisar los servicios operativos del Cuerpo, así como las actividades administrativas relacionadas directamente con sus funciones, para asegurar su eficacia”* actividades estas que no pueden considerarse como *«servicios extraordinarios realizados fuera de la jornada normal»* y por tanto como modo de justificar gratificaciones (art. 6.3 del citado Real Decreto 861/1986), sin perjuicio de que a ellas puedan tener derecho, no porque los servicios se presten en festivos, celebraciones, etc.... sino por que la jornada exceda de la legalmente establecida, salvo que esta prolongación de jornada haya sido contemplada y retribuida al fijar el importe del complemento específico, lo cual aparece recogido (factor I), para con el Jefe de dicho Cuerpo, a través de la valoración de sus complementos específicos y en particular, para este último, de los factores C, D, I y K, donde viene a retribuirse la especificidad particular (factores C, D y K) del puesto de Jefe del Cuerpo, adecuándose al contenido del art. 18.c del Decreto 218/2009, de 9 de octubre, por el que se aprueban las Normas-Marco de los Policías Locales de Extremadura (N-M), y exigiendo por tanto, una disponibilidad permanente de este,

como Jefe inmediato del Cuerpo (Factor I y arts. 17 Ley 7/2017 y 18 N-M), para con cualquier tiempo y situación, que le permita adoptar, con la previsión y antelación necesaria, las medidas precisas y dictar las ordenes que cada una requiera, derivadas unas y otras, de su responsabilidad por mando, dedicación, características de su jornada y la repercusión que su actuación tiene en la imagen corporativa y del propio colectivo que manda, baste para ello baste examinar la Tabla del Factor «I», que en el percibido por el Jefe lo sujeta por el nivel 3, a una jornada normal «*más guardia localizable los 365 día/año*», pero es que para los Agentes y Oficial de Policía, resulta que el nivel 5, con el que se retribuye por este factor, comprende en sus utilidades, tanto «*las ampliaciones de jornada*» como «*los retenes*», concepto este (retén) que según el Diccionario de la RAE (Vigésima segunda edición), se define como «*Tropa que en más o menos número se pone sobre las armas, cuando las circunstancias lo requieren, para reforzar, especialmente de noche, uno o más puestos militares.*» y por tanto no retribuíbles por tales conceptos al alcanzar el complemento específico percibido por razón de jornada por los agentes y oficiales, el máximo de puntuación previsto por tal factor y en cuanto al Subinspector, por la conjunción de este factor con los demás factores señalados para con el mismo y las funciones que como Jefe inmediato del Cuerpo le asigna el art. 18 de las repetidas Normas-Marco.

**TERCERO.**-Partiendo de lo anterior, y en cuanto al complemento específico , el RD 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el Régimen de las Retribuciones de los funcionarios de la Administración Local, lo define en su art. 4.1 Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el Régimen de las Retribuciones de los funcionarios de Administración Local, en los siguientes términos:

• *“1. El complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo, aunque al fijarlo podrán tomarse en consideración conjuntamente dos o más de las condiciones particulares mencionadas que puedan concurrir en un puesto de trabajo.”*

Tal y como hemos indicado, la “plena disponibilidad ” es uno de los factores que se integraría en el complemento específico del Subinspector Jefe con la finalidad de retribuir no sólo el hecho de prestar servicios fuera de horario o los fines de semana, sino también, a nuestro entender, el hecho de estar disponible y presente en determinados supuestos en los que se produce un suceso, hecho o acontecimiento dentro del término municipal que requiere su intervención, aun cuando éste acontezca fuera de la jornada laboral. El encaje de este supuesto dentro del complemento específico es conforme a la normativa expuesta, ya que retribuye una de las condiciones particulares de estos puestos de trabajo en atención a una especial dedicación y responsabilidad que supone el hecho de intervenir frente a circunstancias concretas, ligadas a la propia naturaleza de la función de Policía.

De conformidad con los antecedentes expuestos, a nuestro juicio, podemos concluir, que si se decide modificar la previsión de la catalogación o instrumento de ordenación actualmente existente en \_\_\_\_\_, el acuerdo en cues-

tión deberá ser adoptado, previa negociación con la representación sindical. Y es necesario recordar que el carácter preceptivo de la negociación no supone necesariamente alcanzar un acuerdo o consenso con la representación sindical.

De la misma manera, tampoco entendemos que una actualización del instrumento de ordenación de personal en los términos expuestos supondría preceptivamente un incremento retributivo (referido al complemento específico, en el apartado de la dedicación exigible para el desempeño de los puestos o las condiciones en que se desarrolla el trabajo), puesto que para ello debería justificarse y quedar acreditado que dicha dedicación o condiciones de desempeño han sufrido una variación que justifique una actualización retributiva. Es decir, para que la posible modificación de dicho instrumento o catalogación indicada lleve aparejada una revisión de retribuciones, deberá constar en el expediente la oportuna valoración objetiva que concluya que el contenido de las funciones inherentes al puesto de Subinspector han variado en relación a las tareas, funciones y responsabilidades que ha venido ejerciendo respecto del momento en que se acordó su Complemento Específico y factores que lo integran puesto que de lo contrario no podrá motivarse incremento alguno.

**CUARTO.**-En lo concerniente al grado personal, el Capítulo II del Título III del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre -TREBEP, se refiere al derecho a la carrera profesional de los funcionarios, regulando en sus artículos 16 y 17 la carrera profesional de éstos, y reconoce el derecho de los funcionarios de carrera a la progresión de grado.

La Disposición Adicional 9ª del TREBEP se refiere de modo expreso al mismo, estableciendo que:

*«La carrera profesional de los funcionarios de carrera se iniciará en el grado, nivel, categoría, escalón y otros conceptos análogos correspondientes a la plaza inicialmente asignada al funcionario tras la superación del correspondiente proceso selectivo, que tendrán la consideración de mínimos. A partir de aquellos, se producirán los ascensos que procedan según la modalidad de carrera aplicable en cada ámbito».*

Y, con relación al grado personal de los funcionarios, es supletorio y aplicable en el ámbito local el artículo 70 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que establece que los puestos de trabajo se clasifican en 30 niveles, y según su apartado 2º:

*«Todos los funcionarios de carrera adquirirán un grado personal por el desempeño de uno o más puestos del nivel correspondiente durante dos años continuados o tres con interrupción, con excepción de lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo, cualquiera que fuera el sistema de provisión».*



*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los funcionarios que obtengan un puesto de trabajo superior en más de dos niveles al correspondiente a su grado personal, consolidarán cada dos años de servicios continuados el grado superior en dos niveles al que poseyesen, sin que en ningún caso puedan superar el correspondiente al del puesto desempeñado, ni el intervalo de niveles correspondiente a su Cuerpo o Escala».*

Por otra parte, el artículo 3.2º del RD 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el Régimen de las Retribuciones de los funcionarios de Administración Local, establece respecto del complemento de destino que:

*«Dentro de los límites máximo y mínimo señalados, el Pleno de la Corporación asignará nivel a cada puesto de trabajo atendiendo a criterios de especialización, responsabilidad, competencia y mando, así como a la complejidad territorial y funcional de los servicios en que esté situado el puesto».*

Es decir, que una vez inicialmente asignada la plaza al funcionario tras la superación del correspondiente proceso selectivo, y transcurridos los dos primeros años de prestación continuada o tres años con interrupción, aquél consolidará el nivel del puesto que le ha sido asignado y viene desempeñando. A partir de tal momento, y consolidado ese grado personal, la adscripción definitiva a otro puesto, o bien en función del nuevo nivel sobrevenido al puesto al que sigue adscrito resultante de una modificación del mismo vía modificación de dicho instrumento o catalogación consolidará el nivel superior (máximo dos puntos de nivel) correspondiente siempre que se mantenga en dicho puesto durante dos años continuados o tres con interrupción.

De otro lado resulta que si el funcionario tiene consolidado un nivel 24 ( y el máximo, el 26) **la posibilidad de ascender al nivel 26 manteniéndose en el mismo puesto** (lo que implica su «reclasificación» de nivel), **requiere que a través del instrumento de ordenación o catalogación se modifique dicho nivel** pasando de 24 a 26.

**Es a través del instrumento de ordenación de personal de que disponga el Ayuntamiento, como se clasifica y define el puesto, y a través de ella se asigna un grado a cada puesto** que integra la estructura de puestos de la Corporación Local. **Ese grado así definido en dicho instrumento tendrá su reflejo presupuestario en la plantilla presupuestaria** (a través del complemento de destino al que se corresponde dicho nivel).

Si bien la Administración goza de una amplia discrecionalidad para asignar a cada puesto de trabajo un nivel entre los varios que componen el tramo correspondiente al subgrupo a que pertenezcan los funcionarios que han de desempeñarlos, consecuencia de la potestad de autoorganización que tiene la Administración, la modificación del nivel inicial asignado a un puesto debe realizarse a través de un expediente de modificación del instrumento de ordenación de personal o catalogo que atienda a los criterios de «especialización, responsabilidad, competencia y mando, así como a la complejidad territorial y funcional de los servicios en que esté situado el puesto», tal como hemos indicado antes.

Es decir, la decisión de modificar la asignación inicial de nivel del puesto en cuestión de un 24 a un 26 debe responder a circunstancias objetivas, en concreto a los criterios señalados: para modificar ese nivel, debiera haberse producido una variación en las circunstancias que corresponden a dichos criterios que justifiquen la «reclasificación» inicial del puesto. No se trata, pues, de que el funcionario inste a la Alcaldía la modificación del nivel del puesto que tiene asignado por el hecho de llevar un determinado número de años desempeñando el mismo. Deben concurrir circunstancias objetivas para ello -la modificación de las iniciales que determinaron la originaria asignación de nivel al puesto-; pero si no se dan tales circunstancias, el nivel del puesto no debería ser modificado.

**Por último, señalar que el grado personal se reconoce mediante Resolución de Alcaldía, pero para ello es necesario:**

- Que mediante el instrumento de ordenación de personal o catálogo se haya modificado el nivel del puesto (del 24 al 26) -insistimos que deben concurrir circunstancias objetivas que lo justifiquen.

- A continuación, la plantilla de personal reflejará este nuevo complemento de destino que se corresponde al nivel del puesto definitivo.

- Y una vez modificado el nivel del puesto y determinado su complemento de destino correspondiente en la plantilla, se tramitará el expediente para el reconocimiento del nuevo grado personal (pasando el funcionario del 24 al 26), pero siempre que además hayan transcurrido los dos años de prestación de servicios continuados en tal puesto a partir de la «reclasificación» operada, tal como exige el artículo 70.2º del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, «el funcionario debe permanecer en dicho puesto durante dos años ininterrumpidos a contar desde la modificación del nivel, y a partir de tal momento puede instar de la Alcaldía el reconocimiento de su nuevo grado personal, «patrimonializándolo» de tal modo (que pasaría, en el que comentamos, del nivel 24 al 26)»

## CONCLUSIONES

1ª. La jornada de trabajo del puesto del Subinspector-Jefe es, en cómputo anual, como la del resto de los funcionarios del respectivo Cuerpo de Policía, jornada de trabajo que, en todo caso, corresponde fijar a la Alcaldía.

2ª. Si se pretende regularizar o rectificar la previsión de la catalogación de puestos o instrumento similar en cuanto se refiere la plena disponibilidad, deberá ser adoptado el acuerdo correspondiente de modificación de aquel previa negociación con la representación sindical. El carácter preceptivo de la negociación no supone necesariamente alcanzar un acuerdo o consenso con dicha representación sindical.

3ª. Tampoco entendemos que una actualización del instrumento de Ordenación de personal en el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, en los términos

expuestos suponga preceptivamente un incremento retributivo referido al complemento específico, puesto que para ello debería justificarse que dicha dedicación o condiciones de desempeño han sufrido una variación que justifique una actualización retributiva al alza, previa valoración objetiva que concluya que el contenido de las funciones, tareas y responsabilidades inherentes al puesto de Subinspector Jefe de la Policía se han visto alteradas respecto del momento en que se acordó su Complemento Específico y factores que lo integran, puesto que, de lo contrario, no podrá motivarse incremento alguno.

4ª El reconocimiento del nuevo grado personal no es inmediato, y requiere cumplir una serie de trámites y condiciones:

Que mediante en instrumento de ordenación de personal o catálogo se haya modificado el nivel del puesto (del 24 al 26) -insistimos que deben concurrir circunstancias objetivas que lo justifiquen-.

A continuación, la plantilla de personal reflejará este nuevo complemento de destino que se corresponde al nivel del puesto definido.

Y una vez modificado el nivel del puesto y determinado su complemento de destino correspondiente en la plantilla, se tramitará el expediente para el reconocimiento del nuevo grado personal (pasando el funcionario del 24 al 26), pero siempre que además hayan transcurrido los dos años de prestación de servicios continuados en tal puesto a partir de la «reclasificación» operada, tal como exige el artículo 70.2º del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



## **ABONO CON RETROACTIVIDAD DE COMPLEMENTO DE DESTINO A DOS TRABAJADORAS LABORALES FIJAS**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ se emite el presente INFORME

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Mediante escrito el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ solicita informe en relación con el asunto epigrafiado, interesando informe jurídico acerca del asunto que a continuación se transcribe:

“ Primero: En marzo de 2017 un delegado de personal laboral del Ayuntamiento reclama que dos limpiadoras, incluidas en la plantilla de personal laboral fijo, no perciben complemento de destino, que nunca lo han percibido, incluso en la tabla salarial que aparece en el Convenio Colectivo de 1997 no está recogido este complemento.

Segundo: El Ayuntamiento Pleno (sic) en octubre de 2018 modifica la plantilla de personal e incluye el complemento de destino a estas limpiadoras.

Tercero: Ellas reclaman, además que se les abone un año con carácter retroactivo desde la fecha de la solicitud (marzo 2018-marzo 2017) más el período comprendido desde marzo de 2018 hasta octubre de 2018 que es cuando lo aprueba el Pleno y ellas comienzan a percibirlo, pero la Interventora Municipal se niega a pagarles los atrasos porque considera que no es legal.

Se nos plantea la siguiente duda:

¿Puede la interventora negarse a abonarles los atrasos reconocidos por el Pleno y dotados de presupuesto?

¿Hemos actuado correctamente?

¿Cómo debemos proceder?”

**SEGUNDO.-** Se aporta con la solicitud la documentación que a continuación se detalla:

**1.- Acta de la Sesión Ordinaria de la Comisión Paritaria del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_**

En dicha acta se recoge, en relación con el punto 1 de la parte expositiva -que relaciona los hechos objetos del presente informe-, en el párrafo primero de la parte de actividad de control lo siguiente:

*“Una vez contrastada toda la información del punto 1 y habiendo comprobado que no se le ha abonado dicho complemento nunca a lo largo de su vida laboral, se acuerda: **Abonar las cuantías correspondientes al Complemento de Destino no abonado de los años 2015, 2016, 2017 y 2018, a las trabajadoras afectadas”.***

**2.- Certificación de la Secretaria accidental del Excmo. Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, del siguiente tenor:**

“ CERTIFICO: Que el Pleno en sesión ordinaria celebrada el 1 de octubre de 2018 aprobó por unanimidad el siguiente acuerdo:

**4.- Acuerdo sobre reclamación de personal laboral fijo de este Excmo. Ayuntamiento.**

*Visto el acuerdo adoptado por la Comisión Paritaria en sesión celebrada el 16 de marzo de 2018, de reconocer y abonar Complemento de Destino a las trabajadoras D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ y D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, limpiadoras de este Excmo. Ayuntamiento, se propone al Pleno:*

*PRIMERO: Abonar el Complemento de Destino que han dejado de percibir referidas (sic) trabajadoras con carácter retroactivo de un año desde la fecha de la Comisión Paritaria (marzo 2018-abril 2017).*

*SEGUNDO: Incluir en sus nóminas la cantidad correspondiente a los meses comprendidos ente el acuerdo de la Comisión Paritaria (marzo 2018) y la fecha de la aprobación definitiva de la modificación de la Plantilla de Personal.“*

**3.- Certificación de la Secretaria accidental del Excmo. Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, del siguiente tenor:**

“ CERTIFICO: Que en sesión ordinaria celebrada por el Pleno de fecha 1 de octubre de 2018, se aprobó, por unanimidad, el acuerdo del tenor literal siguiente:

**2.- MODIFICACIÓN DE PLANTILLA DE PERSONAL 2018**

*Detectado que en la Plantilla de Personal aprobada junto al Presupuesto General de la Corporación del ejercicio 2018 en sesión celebrada el 17 de mayo de 2018 se ha obviado el Grupo y Nivel de Destino del Personal Laboral Fijo.*

*Se propone al Pleno modificar la Plantilla de Personal Laboral Fijo de este Excmo. Ayuntamiento en los siguientes términos: (...)*

(se incorpora tabla recogiendo datos referentes a la modificación de la plantilla)

**4.- Copia Convenio Colectivo del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, publicado en DOE número \_\_, de \_\_ de \_\_\_\_\_ de 1997, que regula las relaciones laborales entre el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ y del personal laboral al servicio de éste.**

**5.- Informe de Secretaría del Secretario Accidental de fecha 30/07/2018, acerca de la modificación del Nivel de Complemento de Destino de Personal Laboral Fijo.**

**6.- Contratos de las trabajadoras laborales fijas.**

## LEGISLACIÓN APLICABLE

- Constitución Española de 1978.
- 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.
- 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.
- Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
- Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración Local.

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

### **PRIMERA.- ALCANCE Y EFICACIA JURÍDICA DE LO ACORDADO POR LA COMISIÓN PARITARIA EN RELACIÓN A LA INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO:**

Antes de abordar la cuestión de fondo planteada, sería conveniente valorar, puesto que dimana de un acuerdo de la Comisión Paritaria, si **el reconocimiento del derecho a percibir determinados complementos**, no recogidos en su día en el Convenio Colectivo, **está dentro de las funciones** de administración, gestión, interpretación y aplicación del convenio **que se le atribuyen a la Comisión Paritaria**.

Por lo general, la Comisión Paritaria se crea con la función de realizar el seguimiento de los acuerdos y como organismo de interpretación, arbitraje, conciliación y vigilancia de su cumplimiento. Su regulación legal es corta y con una considerable dispersión.

Como preceptos básicos a tener cuenta pueden citarse los siguientes:

1.- El apdo. 3.e) del artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores, impone su **regulación como contenido mínimo del convenio colectivo estatutario**.

Éste habrá de incluir, bajo tacha de ilegalidad si no lo hace, la designación de una Comisión Paritaria de la representación de las partes negociadoras, especificando el precepto legal lo siguiente:

*“e) Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la Ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas*

*no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales del ámbito estatal o autonómico previsto en el art. 83”.*

2.- El artículo 91 ET, sobre **aplicación e interpretación**, prevé:

*a) la posibilidad de que las partes negociadoras atribuyan a las Comisiones Paritarias el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación con carácter general de los convenios colectivos.*

En el caso que nos ocupa, el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, en su artículo 6.2. atribuye a la Comisión Paritaria, entre otras funciones:

*“(...)f) Resolución de cuantos asuntos o reclamaciones se sometan a su decisión respecto a cualesquiera de las condiciones establecidas en el Convenio.”*

El problema estriba en **delimitar el alcance de la decisión acordada en la resolución de dichos asuntos o reclamaciones** ya que, tal y como se establece el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia, si bien ha de aceptarse que a la Comisión Paritaria de un Convenio Colectivo se le atribuyan “funciones que corresponden a la administración del Convenio”, incluidas las de cooperación y colaboración en la ejecución del mismo, han de negarse por contrarias a derecho “aquellas cuyo ejercicio implica una acción normativa típica en la medida en que supone una modificación de las condiciones de trabajo pactado o el establecimiento de nuevas normas” (SSTS 30/10/01;16/03/05).

De esta forma, de acuerdo con lo previsto en el artículo 85.3,e) y el 91 ET, la Comisión Paritaria tienen la misión de “solventar las discrepancias” o “conflictos” que puedan surgir en la “aplicación e interpretación con carácter general” del convenio colectivo, pero **sin que en sus atribuciones figure la modificación de lo pactado en Convenio Colectivo.**

Redunda en dicha argumentación la Sentencia del Tribunal Supremo de 20-03-18, que en referencia a la eficacia y alcance de los acuerdos del comisión paritaria, establece que no resultan vinculantes para los órganos judiciales, en tanto que sus funciones están limitadas a las de administración del convenio y **no tiene competencias normativas para modificar por vía interpretativa su contenido**, aunque la propia norma convencional otorgue a dichos acuerdos la misma eficacia que a la norma interpretada. (TS 20-3-18).

Ahora bien, en el supuesto que nos ocupa, como bien argumenta el Secretario accidental del Ayuntamiento en su informe de fecha 30/07/2018, el artículo 3 (ámbito personal) del citado Convenio Colectivo, establece que:

*“2.- Los acuerdos, disposiciones, decretos y normas municipales, en tanto no contradigan lo establecido en el presente Convenio, serán de aplicación al personal laboral al servicio del Ayuntamiento en lo que les sea más favorable.”*

Por tanto, entendemos, que si bien no queda establecido con claridad que dentro de la función asignada a la Comisión Paritaria, al amparo de lo establecido en el Convenio Colectivo de referencia, de resolución de asuntos y reclamaciones deri-



vadas de las condiciones establecidas en el Convenio tenga cabida la modificación o introducción de nuevas condiciones de trabajo para determinados trabajadores sometidos a su ámbito personal de actuación, no es menos cierto que, el artículo 3.2 del mismo posibilita mediante acuerdo de la Comisión Paritaria la subsanación de una situación irregular que originaba una injustificada laguna legal cuya consecuencia inmediata era la vulneración del derecho del principio de igualdad sostenido en el artículo 14 de la Constitución Española.

Esta subsanación de la irregularidad provocada por la exclusión de las trabajadoras de la percepción de las retribuciones correspondientes se consolida mediante **el reconocimiento de factor del derecho a las mismas mediante su abono y consignación en el correspondiente recibo de salarios** a partir del acuerdo plenario. Estaríamos por tanto en una modificación de las condiciones contractuales que emana de la existencia de una condición más beneficiosa puesto que se dan los presupuestos establecidos entre otras en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12/05/2008, es decir que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual (en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho) y se pruebe, sin duda, la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo.

En conclusión, entendemos que, en aplicación de los principios de igualdad y de condición más beneficiosa, y al amparo de lo establecido en el artículo 3.2 del Convenio Colectivo suscrito entre el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ y los representantes del personal laboral al servicio de éste, el acuerdo de la Comisión Paritaria **es válido, en cuanto al reconocimiento del derecho de las trabajadoras a percibir el Complemento de Destino dejado de percibir**, si bien, es recomendación de esta Oficialía que dicha modificación tenga su reflejo, en aras de la seguridad jurídica, en el Convenio Colectivo, a través de los mecanismos recogidos en la ley para ello, y que, en el caso que nos ocupa, al haber transcurrido tanto tiempo desde la firma del convenio actual, pasaría por la negociación de uno nuevo.

## **SEGUNDA.- DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LOS CONCEPTOS RETRIBUTIVOS.**

El art. 27 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, señala que:

*“Las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 21 del presente Estatuto.”*

En el ámbito territorial de la entidad consultante, el art. 62.1 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, con redacción muy similar, precisa que:

*“Las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 21 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.”*

Por su parte, el art. 26.3 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, establece que:

*“Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.”*

Por ello, si las nóminas se estaban abonando conforme al convenio, esta era la cantidad que tenían que percibir, sin que a ello obste a que, tal y como reflejan los recibos de salario aportados por el Ayuntamiento, se les abonara una cantidad adicional, en concepto de complemento específico, ya que la misma podía encajarse perfectamente dentro del concepto de mejora voluntaria por parte de la empresa, en este caso la Administración.

Cuestión distinta es la determinación del nivel del Complemento de Destino puesto que, la Comisión Paritaria fija- y el acuerdo plenario consolida- de manera unilateral y sin motivación que lo sustente, el nivel de destino correspondiente al puesto de trabajo de limpiadoras, asignándole un nivel 14 y una cuantía referenciada a las tablas salariales recogidas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (en este caso concreto conforme a la Ley 2/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017), aplicándoles, por tanto, el mismo régimen, en cuanto a estructura del salario y retribuciones que al personal funcionario de la Corporación.

Es por ello que- en aplicación del artículo 3.2 del Real Decreto 861/1986 que establece que

*“(…) el Pleno de la Corporación asignará nivel a cada puesto de trabajo atendiendo a criterios de especialización, responsabilidad, competencia y mando, así como a la complejidad territorial y funcional de los servicios en que esté situado el puesto.”*

**La modificación que se pretende llevar a cabo deberá hacerse a través de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT)** ya que no es posible modificar el complemento de destino sin la previa **valoración del puesto de trabajo**, que deberá realizarse con criterios objetivos aplicables a todos los puestos de trabajo, no sólo a uno de ellos dejando el resto sin la preceptiva valoración, que puede realizarse por los medios municipales propios o por otros ajenos al Ayuntamiento.

En cuanto a la falta de RPT en el Ayuntamiento, hay que tener en cuenta que la RPT es el instrumento técnico idóneo descripción del contenido, valoración de complementos y otras condiciones de cada puesto de trabajo, y haya sido o no aprobada dicha Relación, no pueden modificarse sino a través de ésta, y no por una simple aprobación de la Plantilla Orgánica.

Su no elaboración por el Ayuntamiento supone el incumplimiento de una obligación jurídica (Sentencia del TSJ Andalucía de 26 de enero de 2007), pues no cabe duda de que la plantilla determina el número de efectivos, mientras que la RPT «debe crear el puesto de trabajo, definirlo, determinar los requisitos para su provisión y la forma de la misma» (Sentencia del TSJ Asturias de 20 de diciembre de 2007).

Ahora bien, la inexistencia formal de RPT no debe ser obstáculo para que una Entidad Local pueda retribuir los puestos de trabajo existentes a través del Anexo de Plantilla aprobada conjuntamente con sus presupuestos, habida cuenta precisamente de la aprobación formal de esa Plantilla, ya que el propio TREBEP, consciente de que gran número de municipios no han elaborado y aprobado todavía sus RPT, permite en su artículo 74 que las Administraciones Públicas estructuren su organización a través de las relaciones de puestos de trabajo «u otros instrumentos organizativos similares», que cumplan con las exigencias que impone el propio precepto, pero siendo del todo aconsejable la elaboración y aprobación de la RPT.

Por tanto, si bien **el Pleno tiene potestad para la asignación de nivel a cada puesto de trabajo** mediante su formalización a través de la Plantilla de Personal, es recomendación de esta Oficialía, en consonancia con lo acordado en el Acuerdo de la Comisión Paritaria, la **elaboración de la Relación de Puestos de Trabajo por parte del Ayuntamiento**, de cara al cumplimiento del mandato legal y a una mejor ordenación de sus Recursos Humanos que redunde en la mayor eficiencia en la prestación de aquellos servicios que tiene encomendados.

### **TERCERA.- MOMENTO DE NACIMIENTO DEL DERECHO Y RETRO- ACTIVIDAD DEL MISMO.**

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7 y 27 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, el personal laboral al servicio de la Administración se rige por el derecho laboral y no comparte la estructura y criterios de determinación de las retribuciones del personal funcionario, sino que se ajustará a lo que disponga la normativa laboral, el convenio colectivo y, en su defecto, en el contrato de trabajo, como dispone el artículo 26.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores,.

Según estos preceptos, lo que sí es posible es que a través del convenio colectivo se aplique a los trabajadores laborales, por remisión, el mismo régimen retributivo de los funcionarios locales, que es lo que ocurre en este caso, por lo que los trabajadores laborales tendrán derecho a percibir complementos de destino, específico y productividad en el nivel y cuantía que tenga asignado cada puesto.

No obstante, en el caso de las dos trabajadoras, ni el convenio colectivo ni el contrato celebrado con las mismas, preveía la aplicación de complementos de Destino, Específico y Productividad a sus puestos de trabajo, y ha sido mediante acuerdo del Pleno que, en octubre de 2018, se ha modificado la plantilla de personal para incluir el complemento de destino para las dos trabajadoras, disponiendo que se incluya en sus nóminas la cantidad correspondiente a los meses comprendidos entre el acuerdo de la Comisión Paritaria hasta la fecha de la aprobación definitiva de la Plantilla de Personal.

En nuestra opinión, al tratarse de unas percepciones retributivas, sólo pueden ser abonadas a los empleados, una vez aprobadas de definitivamente y cuando hayan sido devengadas por los trabajadores, por lo que el reconocimiento de los complementos, **sólo dará derecho al percibo de dichas cantidades en la nómina a partir de la efectividad del acuerdo de modificación de la plantilla, pero en ningún caso podrá tener efectos retroactivos, puesto que la Administración no puede discrecionalmente reconocer el derecho de cobro a los trabajadores de unos atrasos, si dicho derecho no existía legalmente con anterioridad.**

Sobre los efectos de los actos administrativos, debemos acudir a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 39 establece el principio de presunción de validez de los actos de las Administraciones Públicas, por lo que producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

Sólo **excepcionalmente se podrá otorgar eficacia retroactiva** a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados y produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas. Pues bien, en el supuesto planteado **no estaríamos en este caso, pues el derecho al cobro del complemento de destino se genera con el acuerdo de modificación de la plantilla** y su publicación en el BOP, pero no existe tal derecho con fecha anterior.

Por tanto, a la vista de estas consideraciones, estimamos que el informe de la Intervención deberá ser desfavorable al pago de los atrasos reconocidos por el Pleno, debiendo efectuar el oportuno reparo en las nóminas que incorporen dichos atrasos.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Entendemos que, en aplicación de los principios de igualdad y de condición más beneficiosa, y al amparo de lo establecido en el artículo 3.2 del Convenio Colectivo suscrito entre el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ y los representantes del personal laboral al servicio de éste, el acuerdo de la Comisión Paritaria es válido, en cuanto al reconocimiento del derecho de las trabajadoras a percibir el Complemento de Destino dejado de percibir, si bien, es recomendación de esta

Oficialía que dicha modificación tenga su reflejo, en aras de la seguridad jurídica, en el Convenio Colectivo.

**SEGUNDA.**- El Pleno tiene potestad para la asignación de nivel a cada puesto de trabajo mediante su formalización a través de la Plantilla de Personal, si bien, es recomendación de esta Oficialía, en consonancia con lo acordado en el Acuerdo de la Comisión Paritaria, la elaboración de la Relación de Puestos de Trabajo por parte del Ayuntamiento, de cara al cumplimiento del mandato legal y a una mejor ordenación de sus Recursos Humanos.

**TERCERA.**- El reconocimiento de los complementos, sólo dará derecho al percibo de dichas cantidades en la nómina a partir de la efectividad del acuerdo de modificación de la plantilla, pero en ningún caso podrá tener efectos retroactivos, pudiéndose realizar el abono de dichos complementos sólo a partir de la fecha de aprobación de la modificación de la Plantilla por el Pleno y su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, por lo que el informe de la Intervención deberá ser desfavorable al pago de los atrasos reconocidos por el Pleno, debiendo efectuar el oportuno reparo en las nóminas que incorporen dichos atrasos.

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 \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



## **CONTRATACIÓN URGENTE DE UN SEPULTURERO COMO SERVICIO INDISPENSABLE**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

- El ayuntamiento en su solicitud de informe, manifiesta NO hay antecedentes del asunto.
- El ayuntamiento en su solicitud de informe, manifiesta NO adjunto información.
- Nada se adjunta sobre las funciones señaladas en la Relación de Puestos de Trabajo o, en su caso, en la platilla orgánica como Anexo al Presupuesto del Ayuntamiento ni se indica si el ayuntamiento tiene aprobado un Convenio Colectivo.
- El artículo 19.Dos de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 establece, con el carácter de legislación básica (y por lo tanto aplicable a la totalidad de las Administraciones Públicas) se dice que *“no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales”*.

La Ley, como así hicieran las anteriores Leyes de Presupuestos Generales, reconoce en su Exposición de Motivos que se mantienen las restricciones a la contratación de personal laboral temporal y nombramiento de funcionarios interinos, atribuyendo a ésta un carácter rigurosamente excepcional y vinculándolo a necesidades urgentes e inaplazables, todo ello con el objetivo siempre de cumplir con el mandato constitucional de estabilidad presupuestaria, así como con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública.

Esas medidas en materia de gastos de personal se circunscriben a la no incorporación de personal de nuevo ingreso en los términos del citado cuerpo legal, ni la contratación de personal temporal salvo casos verdaderamente excepcionales y necesidades urgentes e inaplazables y solamente en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

### **LEGISLACIÓN APLICABLE.**

- 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 (ET).

- 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 (TRLEBEP).

- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (TRRL).

- Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (LPGE 2018) (estando actualmente en tramitación el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019).

- Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LRBRL).

- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL).

- Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado (en adelante RD 364/1995).

- Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que deber ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local (RD 896/1991).

- Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura (Ley Orgánica 1/2011).

- Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura.

- Decreto 2263/1974, de 20 de Julio, Reglamento de Policía Sanitaria y Mortuoria.

- Decreto 161/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de Extremadura .

En cumplimiento de la legislación que antecede y de conformidad con lo previsto en los artículos 213 y siguientes del TRLRHL, se emite el siguiente

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

**BASE LEGAL DEL INFORME.** Se emite el presente dictamen en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 del Estatuto de Autonomía de Extremadura, 36.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establecen 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 y del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.



## **I.- DE LA NECESIDAD DE DEFINIR LOS SECTORES, FUNCIONES Y CATEGORÍAS PROFESIONALES QUE SE CONSIDEREN PRIORITARIOS O QUE AFECTEN AL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES, OBJETO Y FIN.**

**PRIMERO.-** El artículo 25 LRBRL, tras la nueva redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, dispone que *“el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo”*, añadiendo que *“ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas”* en las materia que se relacionan en dicho precepto, incluyéndose en el art. **25.2. k) Cementerios y actividades funerarias.**

Según el art. 23.1 del Decreto 161/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria: *«Cada municipio habrá de tener al menos un cementerio, de características adecuadas a su densidad de población, autorizado por la Dirección General de Salud Pública».*

La determinación de cuáles son las necesidades urgentes e inaplazables y la definición de los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales, que no dejan de ser conceptos Jurídicos indeterminados, corresponde a cada administración en el ejercicio de su potestad de autoorganización. Ahora bien, cierto es que la potestad de autoorganización tiene un gran competente de discrecionalidad, pero no debe olvidarse que el ejercicio de las potestades administrativas debe adecuarse a la finalidad perseguida por el legislador, so pena de incurrir en arbitrariedad, vedada por el artículo 9.3 de la Constitución o en el vicio de desviación definido en el artículo 70.2 Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento Jurídico y prohibido a nivel constitucional en el artículo 106.1 en relación con el artículo 103.1.

En este sentido, *“esa potestad en la que es característica la discrecionalidad que domina su ejercicio, no es confundible con la arbitrariedad y ciertamente, esa actividad discrecional debe estar justificada objetiva y razonablemente, de modo que, en ausencia de esa justificación, cabría apreciar desviación de poder si se acredita que con el ejercicio de esas potestades de autoorganización y bajo la apariencia de una reestructuración se pretendiese un fin distinto al de lograr una mejor organización de los servicios”.*

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, dado que existen en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, estando actualmente en tramitación el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019 , unas limitaciones muy estrictas en relación con la contratación de personal temporal y siendo, como hemos visto, competencia de cada administración, en el ejercicio de

su potestad de autoorganización, la determinación de cuáles son las necesidades urgentes e inaplazables y la definición de los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales, dicha determinación deberá ser acorde con el fin perseguido por el legislador que no es otro que la no incorporación de personal de nuevo ingreso, ni la contratación de personal temporal salvo casos verdaderamente excepcionales y necesidades urgentes e inaplazables, y que dicha urgencia e imposibilidad de aplazamiento se refiera a sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o servicios esenciales, correspondiendo por ello a la Administración determinar cuáles son los mismos y para lo cual se hace necesario acudir a la normativa de aplicación.

En cualquiera de los casos, la determinación de cuáles puedan ser los sectores, funciones y categorías profesionales que se estimen prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales para el ejercicio 2019, se encuentra fuertemente condicionada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (BOE 312, de 30 de diciembre), que modifica sustancialmente el contenido de las competencias propias, impropias y otras distintas de las reseñadas.

## **II.- DE LAS COMPETENCIAS PROPIAS Y DE OBLIGADA PRESTACIÓN POR LOS MUNICIPIOS EN GENERAL Y POR LOS MUNICIPIOS CANARIOS EN PARTICULAR.**

Según el artículo 25 de Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, según redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local son, de momento, servicios obligatorios que deben ser prestados por las Corporaciones Locales:

*a) Urbanismo: planteamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.*

*b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.*

*c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.*

*d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad.*

*e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.*

*f) Policía Local, protección civil, prevención y extinción de incendios.*

*g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano.*

*h) Información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local.*

*i) Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante.*

*j) Protección de la salubridad pública.*

*k) Cementerios y actividades funerarias.*

*l) Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre.*

*m) Promoción de la cultura y equipamientos culturales.*

*n) Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La Conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial.*

*ñ) Promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones”.*

Señalar que es competencia municipal en esta materia y, en este sentido, el art. 26.1 a/ de la LRBRL señala la obligatoriedad de todos Municipios de prestar, en todo caso, entre otros, el servicio público de Cementerio, debiendo el Ayuntamiento adoptar las medidas necesarias para la prestación de este servicio de competencia municipal de acuerdo con las necesidades del municipio.

Resultando que según el artículo 26, 1 “los Municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes: a) En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas”, como competencias obligatorias para todos los Ayuntamientos.

Entiendo por ello que son competencias obligatorias las señaladas por la legislación básica del Estado, la Sectorial de la Comunidad Autónoma y aquellas que ya vinieran ejerciéndose con anterioridad, así como aquellas otras que le sean atribuidas por la Comunidad Autónoma en atención al principio de máxima proximidad y estricto respeto a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, según señala la citada norma.

### **III.- DE LA COMPETENCIA PARA LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO.**

En cuanto a que la competencia para la determinación de cuáles deban ser los servicios prioritarios, entiende quien suscribe que corresponde al Ayuntamiento Pleno, fundamentándose dicha competencia en lo siguiente:

a) Porque es el Pleno el que aprueba el Presupuesto de la Corporación y, a través de él, la Plantilla de Personal, así como la Relación de Puestos de Trabajo (*cf.* art. 22.1, letras e) e i), y art. 90 LRBRL, art. 126.1 TRRL), y, en consecuencia, determina el nivel de vinculación jurídica de los créditos, priorizando aquellos sectores o

actividades que estima esenciales para el cumplimiento de los fines públicos que tiene asignados.

b) Porque es el órgano de máxima representación política de los ciudadanos en el gobierno local y a él le corresponde el debate de las grandes políticas locales que afectan a la entidad y la adopción de las decisiones estratégicas, entre las que se halla la determinación de los sectores prioritarios a efectos de la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y del interés general.

Cabe sin embargo decir que, dado el importante volumen de peticiones de contratación y nombramiento, gran parte de ellos para sustituciones de IT, maternidad, accidentes o situaciones administrativas con derecho a reserva del puesto de sus titulares y, tomando en consideración que la Administración Local precisa continuar prestando sus servicios sin ningún tipo de dilación, cabría la posibilidad de que el Acuerdo en cuestión sea adoptado por el Alcalde o la Junta de Gobierno Local, al no existir una disposición expresa que lo impida o que considere dicha materia como indelegable, debiendo darse cuenta posteriormente al Ayuntamiento Pleno, en la primera sesión que se celebre, de dicha Resolución o Acuerdo para su conocimiento y ratificación.

Entendiendo que la intervención del Pleno es esencial, al menos en la ratificación del Acuerdo que se adopte, no sólo atendiendo a los criterios anteriores que son razonables, sino porque además ello supone:

- Una mayor garantía para el procedimiento.
- Mayor debate y consideración de la cuestión planteada, dando así mayor transparencia al contenido del acuerdo a adoptar

## **SELECCIÓN DE PERSONAL.**

En primer lugar si en este Ayuntamiento se presta un contrato de servicios permanente en el tiempo, éste debería prestarse por personal adscrito al Ayuntamiento, mediante la convocatoria pública de un puesto para la prestación de tales servicios o, en su defecto, se debería proceder a la licitación del servicio.

Hay que señalar que para el personal laboral temporal no existe regulación en cuanto a su sistema de selección. En este sentido el artículo 103 LRBRL y el artículo 91 de la misma al que se remite, sólo determinan las exigencias de respeto a los principios de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad, así como al de publicidad.

El artículo 91.2 determina que la selección de todo personal, ya sea funcionario o laboral, deber realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o bien concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, **los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad** (art. 103 Constitu-

ción). Previstos en el TRLEBEP señala en su art. 1:”1.1.El presente Estatuto tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación. 2.Asimismo tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”.

Su art. 55.2 señala que “2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases. b) Transparencia .c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección”.

Y el art. 61 dispone que “6. Los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación. Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos”. “7. Los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos. Las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos”.

Además señalar la regulación del TRRL. Que en el artículo 167.1 del TRRL, establece que los funcionarios de carrera de la Administración Local que no tengan habilitación de carácter estatal se integrarán en las Escalas de Administración General y Administración Especial de cada Ayuntamiento, que quedarán agrupadas conforme a lo dispuesto en la legislación básica del Estado sobre función pública, en los grupos que ésta determine, de acuerdo con la titulación exigida para su ingreso. Y el art. 167. 3 “la Escala de Administración Especial se divide en las Subescalas siguientes: a) Técnica. b) De Servicios Especiales. 4. La creación de Escalas, Subescalas y clases de funcionarios y la clasificación de los mismos dentro de cada una de ellas, se hará por cada Corporación, de acuerdo con lo previsto en esta Ley”.

El artículo 170.1 y 2 del TRRL añade que “tendrán la consideración de funcionarios de Administración Especial los que tengan atribuido el desempeño de las funciones que constituyen el objeto peculiar de una carrera, profesión, arte u oficio. Los puestos de trabajo a desempeñar por funcionarios de servicios especiales podrán existir en cualquier clase de Corporación”.

Y el art. 172:”1.Pertenecerán a la Subescala de Servicios Especiales los funcionarios que desarrollen tareas que requieran una aptitud específica, y para cuyo ejercicio no se exija, con carácter general, la posesión de títulos académicos o profesionales determinados. 2. Se comprenderán en esta Subescala, y sin perjuicio de las peculiaridades de cada Corporación, las siguientes clases: a) Policía Local y sus auxiliares. b) Servicio de Extinción de Incendios. c) Plazas de Cometidos Especiales. d) Personal de Oficios. 3.El ingreso en la Subescala de

*Servicios Especiales se hará por oposición, concurso o concurso-oposición libre, según acuerde la Corporación respectiva, sin perjuicio de lo que dispongan las normas específicas de aplicación a los funcionarios de Policía Local y del Servicio de Extinción de Incendios”.*

Añade el artículo 174 del TRRL que la Clase de Cometidos Especiales comprende al personal que realice tareas de carácter predominantemente no manual, no comprendidas en el artículo 171.1, en las diversas ramas o sectores de actuación de las Entidades Locales, subdividiéndolas en categorías, según el nivel de titulación exigido; y el artículo 175 del TRRL que se integrarán en la clase de Personal de Oficios los funcionarios que realicen tareas de carácter predominantemente manual, en los diversos sectores de actuación de las Entidades Locales, referidas a un determinado oficio, industria o arte; y que se clasificarán, dentro de cada oficio, industria o arte, en Encargado, Maestro, Oficial, Ayudante y Operario, según el grado de responsabilidad o de especialización, y siendo necesario, en todo caso, poseer la titulación exigida para el ingreso, conforme a lo dispuesto por la legislación básica de función pública. En definitiva, cabe decir que los Ayuntamientos suelen agrupar bajo el término genérico de «servicios múltiples» funciones muy diversas.

El TRLEBEP, divide los empleados públicos en funcionarios y laborales. El artículo 9 TRLEBEP define a los funcionarios de carrera, siendo el artículo 11 el que regula al empleado público laboral. Sin embargo un ayuntamiento no goza de libertad para elegir los puestos de trabajo que corresponden a funcionarios y a los laborales, pues desde las SSTC 99/1987 y 37/2002, hoy el artículo 11.2 TRLEBEP, *“las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2”.* Art.9.2 que delimita: *“En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.* Y según el art. 11.1: *“Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”.*

*Advertir del contenido del art. 15.5 TRLEBEP “...los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o distinto puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o distintas modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos...”.*

## **GASTOS DE PERSONAL.**

Para hacer frente a los gastos de personal contratado el ayuntamiento deberá comprometerse a habilitar el crédito necesario y suficiente para hacer frente a las obligaciones visto que según el artículo 188 TRLRHL: *“los ordenadores de gastos y de pagos, en todo caso, y los interventores de las entidades locales, cuando no adviertan por escrito su improcedencia, serán personalmente responsables de todo gasto que autoricen y de toda obligación que reconozcan, liquiden o paguen sin crédito suficiente”*.

De acuerdo con ello, se hace la siguiente:

## **PROPUESTA DE RESOLUCIÓN**

**PRIMERO.-** Considerar como prioritarios para la contratación de personal temporal o nombramiento interino para el ejercicio de funciones públicas en esta Entidad durante el ejercicio 2019, *en adición a los ya establecidos como servicios públicos obligatorios que por ello se consideran de carácter esencial*, en todos los Municipios en el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y demás normativa transcrita en el apartado de fundamentos de derecho y consideraciones jurídicas, el de **Cementerios**.

**SEGUNDO.-**Visto que la LPGE 2018 que en su art. 19. Dos contempla que “no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos **salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables**”, sólo podrá acudir a la contratación temporal o nombramiento interino cuando quede justificado, en el expediente correspondiente, el carácter urgente e inaplazable de la contratación o nombramiento que deba llevarse a cabo y la imposibilidad de acudir a medidas alternativas, tales como cambio de adscripción de puestos, redistribución de efectivos, atribución temporal de funciones o movilidad funcional, para atender tales necesidades de personal, debidamente informado por el Servicio de referencia que precise la contratación y/o nombramiento, que deberá contener la propuesta de la categoría que se precise contratar con arreglo a tales criterios.

**TERCERO.-** Notificar el acuerdo o resolución que se adopte a la representación de los empleados público de esta Entidad para su conocimiento y efectos.

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 referenciado, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

Con cuanto antecede queda emitido el presente informe, salvo mejor opinión fundada en Derecho.





## PRÓRROGA DE LA EDAD DE JUBILACIÓN

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha \_\_ de febrero de 2019, tiene entrada el Registro General de la Diputación (Anotación \_\_\_\_), mediante el que el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ solicita informe sobre “Prolongación de jubilación”

- A la solicitud de informe se acompaña escrito de del Sr. Alcalde, con el siguiente contenido:

*“Un funcionario que cumple los 65 años de edad en abril, ha solicitado la prolongación en el servicio activo durante dos años, para poder recuperar la pérdida de poder adquisitivo perdida hace años.*

*¿Puede el Ayuntamiento negarse o tiene que aceptarlo?*

*¿Quién debe resolver, la Seguridad Social o el Ayuntamiento?*

### LEGISLACIÓN APLICABLE.

- Constitución Española de 1978.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Texto Refundido de Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).
- Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (TRLGSS).
- Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).

- Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura (LFPEX).

- Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (ROF).

- Resolución de 31 de diciembre de 1996, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se dictan normas complementarias de procedimiento para la aplicación de la prolongación de la permanencia en el servicio activo a los funcionarios públicos en el ámbito de la Administración General del Estado.

## FONDO DEL ASUNTO.

1º. Conforme al artículo 92.1 de la LBRL (con la redacción introducida por Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local) *“1. Los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18.ª de la Constitución.”* De manera que, pese a que el artículo 139 del TRRL establece la reglas de jubilación del personal funcionario de las entidades locales, serán las establecidas en el TREBEP las que prevalezcan al respecto. Es en los apartados 3 y 4 del artículo 67 de la norma citada en último término donde se establecen las reglas generales que habrán de seguirse al respecto:

*“3. La jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad.*

*No obstante, en los términos de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla setenta años de edad. La Administración Pública competente deberá de resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación.*

*De lo dispuesto en los dos párrafos anteriores quedarán excluidos los funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación.*

*4. Con independencia de la edad legal de jubilación forzosa establecida en el apartado 3, la edad de la jubilación forzosa del personal funcionario incluido en el Régimen General de la Seguridad Social será, en todo caso, la que prevean las normas reguladoras de dicho régimen para el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva sin coeficiente reductor por razón de la edad.”*

*Atendiendo a la remisión del apartado 4 transcrito, el TRLGSS dispone en el artículo 205.1 que “1. Tendrán derecho a la pensión de jubilación regulada en este capítulo, las*

*personas incluidas en el Régimen General que, además de la general exigida en el artículo 165.1, reúnan las siguientes condiciones:*

*a) Haber cumplido sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.*

*Para el cómputo de los períodos de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a ellos las fracciones de los mismos.*

*b) Tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.*

*En los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada a la de alta, sin obligación de cotizar, el período de dos años a que se refiere el párrafo anterior deberá estar comprendido dentro de los quince años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.*

*En los casos a que se refiere el párrafo anterior, y respecto de la determinación de la base reguladora de la pensión, se aplicará lo establecido en el artículo 209.1.”*

A los requisitos específicos señalados corresponde añadir el requisito general del artículo 165.1 del TRLGSS de estar afiliado y en situación de alta o asimilada a la de alta.

*2º. A falta de un procedimiento concreto conviene acudir a las reglas establecidas en la Resolución de 31 de diciembre de 1996, cuyo apartado Primero define este particular procedimiento con “El conjunto de actuaciones administrativas orientadas a hacer efectivo el derecho de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de esta norma de prolongar la permanencia en el servicio activo hasta que cumplan, como máximo, los setenta años de edad.”*

Se inicia a instancia del funcionario interesado dirigida al órgano competente con una antelación mínima de dos meses a la fecha en la que el funcionario cumpla la edad de jubilación forzosa y se resolverá en el plazo de un mes contado desde la entrada de la solicitud en el registro general. La denegación, conforme al apartado Cuarto.2.3 exige motivación expresa que, en principio, solo se podría fundamentar en la carencia por el interesado del requisito de edad o por haber presentado la solicitud fuera del plazo antes señalado. De esta manera, se consideraba que era un derecho de opción que correspondía en exclusiva al trabajador, sin que la Administración tuviera más cometido que la constatación del cumplimiento o no de los requisitos indicados para conceder o denegar el derecho a prolongar la permanencia en el servicio activo, hasta cumplir la edad máxima de 70 años. De este modo, en principio los Tribunales se han mostrado remisos a admitir cualesquiera otros requisitos.

Con la llegada del EBEP en 2007 (ahora en los transcritos apartados 3 y 4 del artículo 67 de textos refundido), sin embargo, ese derecho se va debilitando de manera que a las causas formales antes señaladas se ha dejado un cierto margen de discrecionalidad a favor la Administración. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2017, Fundamento de Derecho Cuarto, ha declarado que *“Se ha ejercido en este caso una potestad discrecional, como subraya en forma reiterada la Administración en su escrito de oposición, y la norma legal aplicable es la del artículo 67.3 del EBEP, que se invoca como infringido en el motivo.*

.../...

*Esta Sala tiene declarado [por todas, sentencias de 3 de diciembre de 2012 (Casación 976/2012) y 20 de diciembre de 2011 (Casación 6087/2010) y las que en ellas se citan] que la prolongación del servicio activo prevista en el artículo 67.3 del EBEP «es un derecho subjetivo condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio; pero recae sobre dicha Administración la carga de justificar esas necesidades organizativas que deben determinar la concesión o denegación de la prolongación. La obligación de la Administración de motivar en todo caso, tanto si es favorable como si no, la decisión sobre la prolongación de permanencia en servicio activo solicitada por el funcionario en función de unas necesidades de la organización, implica que las necesidades que se citen como fundamento de la decisión que se adopte sean ajustadas a la realidad y que se pruebe su existencia (...)”*

Abundando en ello, la Sentencia de 13 de junio de 2018 del TSJ de Madrid, Fundamento de Derecho Cuarto, ha señalado que: *“Precisamente, para evitar arbitrariedades a que abocan motivaciones de la índole de las mencionadas, la expresión «razones organizativas derivadas de la planificación del empleo público», debe ir ligada, necesariamente, a la aprobación, previa, de instrumentos de ordenación de empleo público que aborden dicha problemática y sean fundamento de la no concesión de prórrogas.”*, y la más reciente de 23 de noviembre de 2018, también del TSJ de Madrid, Fundamento de Derecho Tercero, declara:

*“Por el contrario, el artículo 67.3 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público sólo dispone que «el funcionario pueda solicitar la prolongación», correspondiendo a la Administración competente resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación.*

*Por tanto, la Administración competente tiene facultad para apreciar las causas que concurren en cada caso concreto, y conforme a ellas, aceptar o denegar la prolongación, lo que exige necesariamente una motivación adecuada, sin que, por tanto, existan causas tasadas de denegación, como ocurría con la normativa anterior, sino que la denegación podrá fundarse en cualquier circunstancia que concurra en el supuesto de que se trate, apreciada discrecionalmente, que no arbitrariamente, por la Administración, si bien, como es lógico, para que no exista arbitrariedad en la decisión, la Administración deberá justificar adecuadamente su actuación.”*

A las necesidades de organización anteriormente argumentadas, tanto por su expresa regulación por las distintas normativas autonómicas como por su apreciación

por los tribunales, se vienen añadiendo circunstancias de índole diversa, como la evaluación del desempeño o la capacidad funcional, acreditada mediante informes. Tal es el caso de la norma extremeña, que en el artículo 85, apartados 4 y 5 de la extremeña LPEX, recoge estos tres supuestos:

*“4. A pesar de lo dispuesto en el apartado 3, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla la edad establecida en el artículo 67.3, párrafo segundo, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, debiéndose resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación. Las Administraciones Públicas de Extremadura podrán denegar la prolongación del servicio activo de acuerdo con los siguientes criterios:*

- a) Las razones organizativas derivadas de la planificación del empleo público.*
- b) Los resultados de la evaluación del desempeño.*

*La resolución de aceptación de la prolongación estará supeditada, en todo caso, a la realización del correspondiente examen de salud, que deberá pronunciarse respecto a la capacidad funcional para el desempeño de las tareas propias del cuerpo, escala, especialidad o agrupación profesional que corresponda. En el caso de informe negativo o si el solicitante rehúsa someterse al examen de salud, se emitirá resolución denegatoria de la prolongación.*

*En los términos que se establezcan reglamentariamente, la prolongación de la permanencia en el servicio activo podrá concederse por un año, pudiendo renovarse anualmente hasta que se cumpla la edad establecida en el artículo 67.3, párrafo segundo, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.*

*5. De lo dispuesto en los apartados 3 y 4 queda excluido el personal funcionario que tenga normas estatales específicas de jubilación.”*

3º. Así el Ayuntamiento cuenta con amplias facultades de decisión en relación con la solicitud del funcionario interesado a la hora de aceptar o denegar la prolongación de permanencia en el servicio activo, que tan sólo se ven condicionadas por la exigencia de motivación (en los términos del artículo 35 de la LPACAP), con el fin de evitar la indeseada arbitrariedad en la decisión, que tomará en cuenta las siguientes consideraciones:

- El inicio del expediente se produce a instancia del funcionario interesado, debiendo el Ayuntamiento comprobar el cumplimiento de los requisitos de edad y de presentación de la solicitud en plazo.
- La aceptación o denegación de la prolongación del servicio activo es una potestad discrecional, limitada por exigencia de motivación.
- Tal potestad discrecional debe modularla el Ayuntamiento en atención a circunstancias tales como las necesidades de organización del servicio y la evaluación del desempeño y la capacidad funcional del interesado.

Corresponde la resolver del expediente sobre otorgamiento de la prórroga de la edad de jubilación o, en su caso, de declaración de la jubilación del funcionario al Alcalde mediante la correspondiente Resolución, en uso de las atribuciones que en la materia le atribuyen los artículo 21.1.h) de la LBRL y 41.14.g) del ROF.

Este es el informe de la Oficialía Mayor (Asistencia y Asesoramiento Jurídico Local) en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

## **REVOCACIÓN DE COMISIONES DE SERVICIOS A VARIOS POLICÍAS LOCALES**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente,

### **HECHOS. ANTECEDENTES**

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre el asunto epigrafiado, en el que manifiesta que el Ayuntamiento tiene concedidas 3 comisiones de servicios a 3 Policías Locales en otras localidades de la Provincia, dichas comisiones lo fueron por dos años y caducan en distintos meses de 2.019. Con la aprobación del R.D. 1449/18, 14 dic., de coeficiente reductor de la edad de jubilación de los policías locales, se han jubilado 5 policías locales el 1 de febrero 2.019, resultando la plantilla muy mermada de efectivos y resultando de imperiosa necesidad la anulación de las comisiones de servicios otorgadas y el regreso de los 3 policías locales a su puesto en el Ayuntamiento consultante, éstos manifiestan su negativa por considerar el tiempo de 2 años concedido como derecho laboral a estar en la comisión de servicios concedida ¿Podría el Ayuntamiento dar por finalizada expresamente las 3 comisiones otorgadas y obligar a regresar a los 3 policías en aplicación del art. 123,1 in fine Ley 13/15, 8 abr., LFPEX?

### **LEGISLACIÓN APLICABLE**

- 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 -TREBEP-.

- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local. -TRRL-.

- Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura.

- Decreto 218/2009, de 9 de octubre, por el que se aprueban las Normas-Marco de los Policías Locales de Extremadura.

- Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura -LFPE-.

### **FONDO DEL ASUNTO**

El sistema de fuentes normativas aplicable en materia de régimen estatutario de los funcionarios de los Cuerpos de Policía Local se contempla en el art. 3.2 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 -TREBEP-, en el que, con carácter básico, se establece que:

• *“Los Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”*

El apartado 3 de la Disposición Final Cuarta del mismo Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, dispone que:

• *“Hasta tanto se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor, en cada Administración las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto.”*

Por su parte, el art. 140.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local. -TRRL-, en relación a la regulación de las situaciones administrativas, establece que:

• *“Dichas situaciones se regularán por la normativa básica estatal, y por la legislación de función pública de la respectiva Comunidad Autónoma y, supletoriamente, por la legislación de los funcionarios de la Administración del Estado, teniéndose en cuenta las peculiaridades del régimen local.”*

En el mismo sentido se pronuncia el Decreto 218/2009, de 9 de octubre, por el que se aprueban las Normas-Marco de los Policías Locales de Extremadura, que señala en su art. 3 que:

• *“La Policía Local se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y demás normativa estatal y autonómica aplicable a aquélla, en la Ley 1/1990, de 26 de abril, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura, modificada por Ley 4/2002, de 23 de mayo, en las presentes Normas Marco y demás disposiciones reglamentarias que se dicten, y en los Reglamentos y Ordenanzas que aprueben los Ayuntamientos respectivo.”*

La referencia a la Ley 1/1990, de 26 de abril, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura, debe entenderse realizada a la Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura, que deroga la anterior y mantiene la vigencia del Decreto 218/2009, de 9 de octubre, por el que se aprueban las Normas-Marco de los Policías Locales de Extremadura, en los términos que establece su Disposición transitoria sexta.

De este modo, habiéndose dictado en la Comunidad Autónoma de Extremadura la norma de función pública a la que se remite el 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. y demás normas indicadas, la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura -LFPE-, es aplicable al supuesto planteado el art. 123.1 *in fine* de la misma que indica que:

• *“1. Los funcionarios podrán ser asignados con carácter voluntario y con reserva de puesto de trabajo en comisión de servicios a un puesto de trabajo de otras Administraciones Públicas. Dicha comisión ordinaria finalizará, además de por la expiración de los plazos establecidos, por decisión expresa de cualquiera de las Administraciones afectadas.”*

Consecuencia de lo anterior, el plazo de duración de la comisión de servicio constituye un elemento accidental de la misma, de modo que la duración inicialmente autorizada siempre queda subordinada por el carácter excepcional y anómalo de su propia transitoriedad, pudiendo el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ revocarlas en cualquier momento, previa motivación del acuerdo adoptado. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 26.05.2009 señala lo siguiente:

• *“Resalta ese carácter excepcional y anómalo de su propia transitoriedad al preverse una convocatoria anual para la cobertura de las plazas en comisión tratando de evitar la prolongación en el tiempo de una situación que puede perjudicar la promoción profesional de otros aspirantes y que incluso puede resultar perjudicial para el propio funcionario en situación de comisión al no consolidar el grado correspondiente hasta que no obtenga el puesto de manera definitiva (art. 70.6 RD 364/1995).”*

## CONCLUSIÓN

El Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ puede adoptar decisión expresa de revocación de la autorización dada a los tres Policías Locales para disfrutar sus respectivas comisiones de servicio y, por lo tanto, darlas por finalizadas expresamente; obligándoles a la reincorporación a sus puestos de trabajo en aplicación del art. 123.1, *in fine* de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, aplicable por remisión del art. 3.2 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. y el artículo 140.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



## IMPLANTACIÓN DE LA CARRERA PROFESIONAL HORIZONTAL

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito el Sr Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, solicita informe en relación con el asunto epigrafiado.

### LEGISLACIÓN APLICABLE

- 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. (TREBEP).

- Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 Prorrogado.

- Ley 13/2015, de 8 de abril, de la Función Pública de Extremadura (LFPEX).

- Decreto 43/1996 Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional (Decreto 43/96).

- Ley 7/1985, 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

- Ley 47/2003, 26 noviembre, General Presupuestaria (LGP).

### FONDO DEL ASUNTO:

**PRIMERO.** El propio TREBEP en su artículo 2.1, al regular su ámbito de aplicación, dispone que “... se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral ...” de las Administraciones de las Entidades Locales, para establecer a continuación, en el artículo 3.1 que “El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local.” Estos preceptos, junto con la Disposiciones Final Primera, que confiere carácter básico a todo el articulado, y Final Cuarta, “Entrada en vigor”, que establece que “2. Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto.”, permiten completar el sistema de fuentes de nuestras Administraciones en materia de sus empleados públicos, del que resulta el siguiente orden:

- Estatuto Básico del Empleado Público.
- Legislación de función pública de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de régimen local.
- Legislación de régimen local (LBRL y TRRL), que continuará vigente en todo lo que no se opongan a las anteriores.

Por lo que atañe al asunto objeto de este informe debe hacerse una última matización por la previsión recogida en el párrafo 2 de la Disposición Final Cuarta del TREBEP. *“Lo establecido en los Capítulos II y III del Título III, excepto el artículo 25.2, y en el Capítulo III del Título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.”*, ya que es precisamente el Capítulo II del Título III el que regula la Carrera Profesional, concepto genérico que aglutina una serie de medidas entre las que se encuentra la carrera profesional horizontal. Como consecuencia de ello, debemos acudir a la normativa autonómica en materia de función pública, en concreto la Ley 13/2015, de 8 de abril, de la Función Pública de Extremadura (LFPEX), que ha regulado la materia en el artículo 57, 2, b) al regular el *Complemento de carrera profesional, que retribuirá la progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera horizontal. La cuantía concreta de las retribuciones correspondientes a los sucesivos tramos de carrera horizontal se establecerá por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas de Extremadura en atención a lo dispuesto en el artículo 105 de esta ley y deberá constar en la correspondiente norma presupuestaria.*

**SEGUNDO.** El concepto, como se ha dicho genérico, de carrera profesional se extrae del artículo 16.2 del TREBEP *“... es el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.”* Este concepto articula una serie de medidas entre las que el apartado 3 del precepto citado prevé las siguientes: carrera horizontal, carrera vertical, promoción interna vertical y promoción interna vertical. La redacción del encabezado de la norma, *“Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto regularán la carrera profesional aplicable en cada ámbito que podrán consistir, entre otras, en la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes modalidades: ...”*, abre por tanto un amplio abanico de posibilidades: aplicar todas las medidas, aplicar alguna de ellas o varias, regular medidas nuevas, aplicar medidas nuevas con las ya previstas en el TREBEP e, incluso, no aplicar ninguna de ellas. Para esta norma la carrera horizontal *“... consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo...”*, concepto que comparte punto por punto el apartado 3.a) del artículo 57 de la ley autonómica. En definitiva, la carrera profesional es el derecho de los empleados públicos a progresar de manera individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asignadas y cumplimiento de los objetivos de la organización en la cual prestan sus servicios.

Por ello, el acceso a la Carrera Profesional tiene un carácter voluntario y un tratamiento individualizado, de manera que es cada empleado público, previo

cumplimiento de los requisitos oportunos, quien determine su progresión en los distintos niveles que la configuran

Pese a que el artículo 17 del EBEP establece una serie de reglas tendentes a la aplicación de la carrera horizontal, hay que buscarlas en la legislación autonómica, por la remisión expresa que se contiene en el mismo y, sobre todo, por el amplísimo margen que otorga al prever su carácter potestativo junto con la posibilidad de establecer reglas nuevas. Es, por tanto, en la LFPEX donde hay que indagar las reglas para la aplicación de la carrera horizontal, como retribución complementaria, cuyo artículo 57.2.b) in fine recoge la siguiente regulación (que debemos considerar mínima a tenor del apartado b) “*La cuantía concreta de las retribuciones correspondientes a los sucesivos tramos de carrera horizontal se establecerá por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas de Extremadura en atención a lo dispuesto en el artículo 105 de esta ley y deberá constar en la correspondiente norma presupuestaria*), que constituirá el modelo en el que deba basarse el Ayuntamiento a la hora de establecer la carrera profesional en el mismo.

**TERCERO.** El artículo 16.3.a) del TREBEP, al establecer el concepto de la carrera horizontal, establece sendas remisiones al artículo 17, comentado en el apartado anterior, y al apartado 3 del artículo 20 “La evaluación del desempeño”, que se transcribe: “3. *Las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, ...*”; además el apartado 5 exige que “*La aplicación de la carrera profesional horizontal, ... requerirán la aprobación previa, en cada caso, de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño ...*” Quiere ello decir que la implantación de la carrera profesional, lleva implícita la articulación de la consiguiente evaluación, que no es otra cosa que el procedimiento mediante el cual “... *se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o logro de resultados.*” (segundo párrafo del apartado 1 del artículos 20.1, párrafo segundo del TREBEP, y 57.4.a) de la LFPEX) y con tal finalidad deben establecerse ineludiblemente las reglas y procedimientos para realizarla, que deberán estar fundados en los principios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación, por exigirlo así los artículo 20.2 del TREBEP y 57.4.b) del TRLFPEX.

Por lo demás, cada Administración establecerá los efectos de la evaluación sobre la carrera profesional, sin que la legislación autonómica haya realizado mayor regulación al respecto que la del TREBEP, ya de por sí muy parca, seguramente debido al carácter de norma básica que, como se ha dicho, tiene todo el articulado. Debe advertirse, que no hay una remisión a norma legal para el desarrollo de lo establecido en el TREBEP, por lo que podrá realizarse reglamentariamente.

**CUARTO.** Ni el TREBEP ni el TRLFPEX regulan, como parece lógico, el procedimiento para su implantación en las Administraciones Locales, por lo que habrá que estar a las reglas contenidas en la legislación de régimen local y ello sin dejar de tener en cuenta determinados principios como previsión presupuestaria o negociación, etc., que aparecen en el articulado del TREBEP.

Por lo que respecta a la previsión presupuestaria, debe tenerse en cuenta que precisamente la carrera horizontal lleva implícita la consiguiente mejora retributiva,

como retribución complementaria que vimos mas arriba establece el art. 57.2.b LFPEX por lo que la previsión presupuestaria de dicha mejora es indispensable, debiendo determinar el presupuesto general la partida o partidas presupuestarias afectadas por la carrera horizontal. Y aquí es donde encontramos la dificultad para establecer en el presente ejercicio la mencionada carrera horizontal, dado que la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, en su artículo 18, prorrogado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38.1 de la Ley 4/72003 (LGP) establece que:

*“Uno. A efectos de lo establecido en el presente Capítulo, constituyen el sector público:*

*(...)*

- *c) Las Corporaciones locales y Organismos de ellas dependientes.*

*Dos.. En el año 2018, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar un incremento global superior al 1,5 por ciento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2017, en términos de homogeneidad para los dos periodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo ”.*

La negociación colectiva es asimismo imprescindible, por venir exigida en el artículo 37.1 del TREBEP: *“1. Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes: ... c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, ... d) Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño.”*

Por lo demás, téngase en cuenta que la negociación colectiva está sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia, por establecerlo así el artículo 33 del TREBEP, cuyo apartado 2 exige *“... la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno o administrativos con competencia para ello.”*

Si bien y en lo que aquí concierne, las limitaciones presupuestarias de la LPGE para 2017, cierran en opinión de quien suscribe la posibilidad y efectividad de acuerdo para implantación de la carrera profesional horizontal en el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, al disponer el apartado ocho del art. 18 LPGE 2018, que: *“Ocho. Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a los fijados en el apartado dos deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables las cláusulas que se opongan al mismo.”*

A la imposibilidad de la concertación señalada se une el que conforme al apartado once del mismo artículo 18 de la meritada Ley 6/2018, en cuanto dispone que: *Este artículo tiene carácter básico y se dicta al amparo de los artículos 149.1.13.ª y 156.1 de la Constitución. Además, el apartado tres se dicta en aplicación de lo dispuesto en el artículo 29 del EBEP.*

**QUINTO.** Si las futuras Leyes de Presupuestos Generales no impusieran a la Administraciones Públicas la limitación que más arriba exponíamos, este funcionario considera que no existiría inconveniente alguno para que el Ayuntamiento procediera llevar a cabo el acuerdo Ayuntamiento- Sindicatos que se propone, sobre criterios generales de la carrera profesional horizontal de sus empleados públicos, por cuanto supone el ejercicio de potestades reglamentarias y de autoorganización, para las que está facultado por el artículo 4.1.a) de la LBRL, en los términos de la autonomía institucional reconocida en el artículo 140 de la CE, autonomía que es ratificada para el caso particular de los empleados públicos de las Administraciones Locales en el artículo 3.1 del TREBEP. Para ello, debería en su momento, aprobar la correspondiente regulación tanto de la carrera como de la evaluación del desempeño, debiendo prever en el presupuesto general municipal la partida o partidas presupuestarias que contendrán los créditos correspondientes para hacer frente a la retribución que se establezca.

Sin embargo de lo señalado y como **CONCLUSIÓN**, dado el carácter “especial” de esta retribución durante el ejercicio 2019 y debido a las limitaciones establecidas en la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (LGPE 2018), en prorroga, el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ como decimos no podrá implantar y en su consecuencia pagar, la carrera profesional horizontal, ya que esto supondría un incremento de las retribuciones y el acuerdo que así lo resolviera sería nulo de pleno derecho.

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 \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.





# INDEMNIZACIÓN POR JUBILACIÓN ANTICIPADA DE CUATRO POLICÍAS LOCALES, EN BASE A LO ESTABLECIDO EN EL REAL DECRETO 1449/2018 DE 14 DE DICIEMBRE, Y TENIENDO EN CUENTA LO CONTEMPLADO EN EL CONVENIO COLECTIVO DEL PERSONAL FUNCIONARIO DEL AYUNTAMIENTO

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sra.. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

## HECHOS. ANTECEDENTES

Escrito de la Sra. Alcaldesa- Presidenta del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre el asunto epigrafiado, al que acompaña la documentación obrante sobre el particular, y escritos de cuatro policías, en cuanto manifiesta su pretensión de jubilarse en el año 2019 y acogerse, unos (3) a lo dispuesto en el artículo 2 del Acuerdo marco por el que se regulan las relaciones entre el personal funcionario del Excmo. Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ y la Corporación Municipal, publicado por resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha \_\_-\_\_-2008 (DOE de \_\_.\_\_.2008) y otro, al Acuerdo marco por el que se regulan las relaciones entre el personal funcionario del Excmo. Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ y la Corporación Municipal, sin especificación de fechas, conforme a lo establecido en el Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local.

Consecuencia de lo anterior, por dichos los policías, en sus escritos se invocan, referencias a preceptos y normas dispares, conforme a lo anteriormente señalado, y uno de ellos, el Acuerdo por el que se regulan las condiciones de trabajo de los trabajadores y trabajadoras del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ y la Corporación Municipal, en vigor, y en concreto en su artículo 41. Jubilación, que establece:

*1. La jubilación de los funcionarios podrá ser: Voluntaria, a solicitud del funcionario. Forzosa al cumplir la legalmente establecida.*

2. ....

*3. El Ayuntamiento se compromete al fomento de la jubilación anticipada a partir de los 60 años del funcionario, fijando un baremos de indemnización o premio de acuerdo con la edad siempre que el interesado lo solicite con dos meses de antelación, con arreglo a la siguiente escala:*

*De 60 a 61 años: 1 mensualidad por cada año trabajado en el Ayuntamiento, hasta un máximo de 18 mensualidades.*

*Dichas cantidades podrán ser abonadas en efectivo y por una sola vez.*

*Asimismo y en función del tiempo de servicios prestados, solicitan la indemnización o premio de fomento de la jubilación anticipada.*

## **FONDO DEL ASUNTO**

**PRIMERA.-** De la anticipación en la edad de jubilación en la Administración Pública.

Según establece el artículo 2º del Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local, la edad ordinaria exigida para el acceso a la pensión de jubilación, conforme al artículo 205.1.a) y la disposición transitoria séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, con respecto a quienes se refiere el artículo 1 (funcionarios de carrera, incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, miembros de la Policía local al servicio de las entidades locales, en sus diferentes escalas, categorías o especialidades) se reducirá en un periodo equivalente al que resulte de aplicar a los años completos efectivamente trabajados como policía local el coeficiente reductor del 0,20.

La aplicación de la reducción de la edad de jubilación indicada en ningún caso dará ocasión a que la persona interesada pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior en 5 años a su edad ordinaria de jubilación, o en 6 años en los supuestos en que se acrediten 37 años de actividad efectiva y cotización, sin cómputo de la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias, por el ejercicio de la actividad antes referida.

La anticipación de la edad de jubilación por aplicación de los coeficientes reductores se condicionará tanto a la necesidad de tener cubierto el periodo de carencia de 15 años que se exige para acceder a dicha prestación como los 15 años de cotización como policía local necesarios para poder aplicar el coeficiente.

Hay que destacar que según la Disposición Transitoria Segunda de este Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre:

*«De acuerdo con lo establecido en la disposición adicional centésima sexagésima quinta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, y en aplicación de la misma, la tasa de reposición adicional será efectiva desde la presentación de la solicitud de jubilación anticipada. La persona interesada deberá comunicar a la Administración municipal correspondiente su voluntad de acogerse a esta modalidad de jubilación antes del día 31 de enero de cada año.»*

Por lo tanto, el interesado debe comunicar su voluntad de acogerse a esta modalidad de jubilación antes del día 31 de enero de cada año. Una vez comunicada esta voluntad, debe emitirse por el Ayuntamiento un certificado donde conste la categoría profesional y los períodos trabajados en ese puesto, así como los días/ períodos no computables como efectivamente trabajados conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, y comunicar y tramitar así el reconocimiento del derecho ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Finalmente, y reuniendo el funcionario los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen General de Seguridad Social conforme al Real Decreto citado, por la Alcaldía (artículo 21.1.h de la LRBRL) se emitirá resolución en la que a la vista de la resolución del INSS se dispondrá el cese del policía local en el Ayuntamiento.

**SEGUNDA.- De los premios de jubilación en virtud de Convenio o Pactos en la Administración Pública.**

El posible establecimiento de premios de jubilación a los 65 años de edad o de indemnizaciones para el caso de la jubilación anticipada en acuerdos de funcionarios o convenios colectivos del personal laboral -mejora frecuente en la práctica negocial reciente-, fue objeto de atención, sobre la base de la regulación anterior a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (sala Contencioso-Administrativo) de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2005, 4 de octubre de 2004, 2 de diciembre de 2004 y 9 de diciembre de 2004, de Cantabria de 8 de abril de 2002, 6 de junio de 2003, 12 de noviembre de 2004 y 11 de octubre de 200, de Andalucía/Málaga de 21 de octubre de 2003, de Andalucía/Sevilla de 4 de febrero de 2005 y de Extremadura de 30 de octubre de 2003.

En todas ellas se mantienen los mismos criterios, aunque no siempre coinciden los argumentos empleados para fundamentar la solución adoptada. Por una parte, el criterio defendido en torno a los premios de jubilación anticipada consistió en afirmar que este tipo de cláusulas convencionales –muy comunes en la práctica negocial catalana-, sólo eran admisibles cuando se enmarcaban en un sistema de racionalización de los recursos humanos, mediante programas adaptados a las especificidades de cada Ayuntamiento que podían incluir, entre otras medidas, la de jubilación anticipada, en los términos previstos por la disposición adicional 21ª de la Ley 30/1984. Y junto a lo anterior también se afirmaba -con argumentos un tanto contradictorios entre sí- que:

a) Esos premios resultaban contrarios al artículo 153 del Real Decreto Legislativo 781/1986.

b) En el caso que el premio de jubilación anticipada no se incluyese en un sistema de racionalización de los recursos humanos se consideraba como una retribución, y en consecuencia, se hallaba sujeto a los límites fijados en las Leyes de Presupuestos.

c) Estos premios o eran retribuciones o eran prestaciones complementarias de Seguridad Social. Si eran retribuciones, entonces eran ilegales por vulnerar el artículo 23 de la Ley 30/1984. Y si eran, como parece, percepciones complementarias y paralelas al sistema de Seguridad Social, había que decir que un Ayuntamiento no podía pretender, una vez incorporados sus funcionarios al Régimen General de la Seguridad Social, ejercer por su cuenta de Seguridad Social, quedando tal cuestión al margen del poder dispositivo de los Ayuntamientos, al estar regulado el régimen de la Seguridad Social por normativa de rango legal y procedencia estatal o autonómica además de que el contenido de los derechos funcionariales era de tipo estatutario y no mejorable por simple convenio.

d) La jubilación voluntaria incentivada recogida en el artículo 34 de la Ley 30/1984 se limitaba, única y exclusivamente, al supuesto de los funcionarios afectados por un proceso de reasignación de efectivos que se encontrasen en las situaciones de expectativa de destino o de excedencia forzosa, como consecuencia de un Plan de Empleo. No podía ofrecer cobertura legal, por tanto, a un premio de jubilación anticipada previsto con carácter general para todos los funcionarios de una Administración Local, y

e) Estos premios infringían el contenido de los artículos 139 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local y 33 de la Ley 30/1984, porque el primero de ellos establecía que la jubilación de los funcionarios tenía lugar, forzosamente, por cumplimiento de la edad reglamentaria, y el segundo, disponía que la jubilación forzosa se declararía de oficio al cumplir los 65 años de edad, salvo en aquellos supuestos en que, voluntariamente, se prolongase la permanencia hasta, como máximo, los 70 años de edad, preceptos calificados como legislación básica en materia de jubilación de los funcionarios, que podía ser desarrollada o completada por la correspondiente normativa de las Comunidades Autónomas pero nunca por la reglamentaria de las entidades locales y, por otra parte, el fomento del empleo a través de las jubilaciones anticipadas debía realizarse siguiendo las pautas de la legislación estatal o autonómica, y no a través de acuerdos corporativos que incorporasen una política municipal propia.

Por otra parte, los Tribunales también mantenían una postura negativa frente a los premios de jubilación cobrados al cumplir los 65 años de edad. Los argumentos que utilizaban eran los siguientes:

a) Ese premio chocaba frontalmente con el artículo 1 del Real Decreto 861/1986 y con el artículo 93 de la Ley de Bases de Régimen Local, ya que los funcionarios de la Administración Local sólo podían percibir las retribuciones y contraprestaciones previstas legalmente, consideradas bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Ello excluía, en definitiva, su posible negociación colectiva, y

b) El premio por jubilación era contrario al artículo 153 del Real Decreto Legislativo 781/1986. En este último ámbito, también cabe destacar que los Tribunales excluyeron la existencia de responsabilidad patrimonial por parte de un

Ayuntamiento en los casos en que éste dejaba de pagar un complemento de pensión de jubilación al entender que las mejoras voluntarias de la Seguridad Social no podían financiarse con fondos públicos, ya que tal conducta era ilegal. En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (sala CA) de Castilla y León/Burgos de 24 de septiembre de 2004 señalaba que: “... no podemos decir que la actuación de la Administración que ha derivado en la imposibilidad de hacer efectivo el complemento de la pensión de jubilación con cargo a fondos públicos municipales por su colisión con la Ley, constituya una lesión antijurídica que el recurrente tenía el deber de soportar. La correcta aplicación de la Ley por una Entidad pública no puede dar lugar a una lesión económica indemnizable por parte de esa Administración, ya que, en este caso, la lesión se refiere a un perjuicio económico que el particular tiene el deber de soportar... la Administración no puede seguir procediendo al pago de unas prestaciones económicas para cuya satisfacción no se encontraba legalmente habilitada, ya que la financiación de las mismas con cargo a los recursos públicos resultaba legalmente prohibida desde el día 1 de enero de 1986, por lo que no se trata de una decisión unilateral adoptada por la Administración demandada, sino de la necesaria aplicación del principio de primacía de la Ley de Presupuestos Generales sobre el Convenio Colectivo, por lo que la correcta aplicación de una Ley por parte del Ayuntamiento no puede dar lugar a una lesión indemnizable, pues no estamos ante una lesión antijurídica que el recurrente no tenga el deber de soportar...”. La misma solución se aplicaba en el marco de la jubilación anticipada.

Por último, cabe destacar que algunas sentencias atribuían a la Jurisdicción social el conocimiento de los pleitos sobre mejoras voluntarias referidas a funcionarios públicos de una Administración Local. Era el caso, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (sala social) del País Vasco de 14 de junio de 2005, que defendía tal solución sobre la base de una interpretación extensiva de lo dispuesto en el artículo 2.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, entendiendo que la referencia del mismo al “convenio colectivo” y al “contrato de trabajo” no excluía la situación de quienes prestan servicios por un nexo distinto, como es el caso de los funcionarios públicos. Y, asimismo, se señalaba que otra opción implicaba que mientras que las cuestiones vinculadas con las prestaciones de Seguridad Social competían a la jurisdicción social, las relacionadas con las mejoras voluntarias corresponderían a la jurisdicción contencioso-administrativa. Disparidad de jurisdicciones que, en su opinión, no estaba recogida en la norma primaria en la materia, esto es, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto atribuye a los órganos del orden social el enjuiciamiento de las reclamaciones en materia de Seguridad Social, sin distinción alguna.

Por lo que se refiere a la **cuestión relativa a los convenios**, debe significarse que, en realidad se están refiriendo a la denominada prejubilación que no tiene nada que ver ni con la jubilación anticipada ni con la jubilación parcial y que no se contempla en la normativa de la seguridad social.

En los casos de prejubilación, empresa y trabajador acuerdan unas indemnizaciones que se prorrogan en el tiempo para que el trabajador perciba de la empresa unos complementos a su prestación o subsidio por desempleo hasta que pueda jubilarse definitivamente.

La prejubilación supone que el trabajador deja de trabajar voluntariamente o como consecuencia de un ERE y percibe una indemnización por parte de la empresa, además del subsidio de desempleo, hasta que pueda acceder a la jubilación anticipada, lo que lleva a concluir **que no puede ser de aplicación a los funcionarios de la administración local** porque en el artículo 63 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TRLEBEP), no se contempla tal causa de pérdida de la condición de funcionario. Tampoco en el artículo 67 del mismo cuerpo legal, relativo a la jubilación, se admite la prejubilación, ni pueden ser despedidos como consecuencia de un ERE.

Además de que no es posible abonar cantidad alguna a funcionarios que no presten servicios como consecuencia de un convenio no regulado legalmente; el funcionario no percibiría prestación alguna por desempleo al no estar incluido dentro de su ámbito de protección tal y como se deduce del artículo 264 TRLGSS.

Dicho lo anterior, el artículo 38.8 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP), establece la posibilidad de negociar un Acuerdo sobre una determinada materia; Acuerdo que podrá ser conjunto al tratarse de una materia común que afecta tanto al personal funcionario como al laboral, a tal efecto dicho apartado establece:

*«Los Pactos y Acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37, contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral».*

Dentro de las materias de negociación conjunta señaladas en el artículo 37.1 del TREBEP están *«Los criterios generales de acción social»*.

En cuanto a la posibilidad de negociación de un Acuerdo sobre dicha materia, debemos indicar que la más reciente jurisprudencia interpreta que dichas prestaciones entran dentro del concepto de prestaciones sociales o acción social por lo que consideran admisible la negociación colectiva sobre las mismas, en armonía con lo establecido en el artículo 37 del TREBEP, defendiendo que constituyen medidas asistenciales no retributivas.

En esta línea encontramos la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, de fecha 20 de diciembre de 2013, en recurso nº 7064/2010**, dicha sentencia considera que toda medida de acción social, como las previstas en el Acuerdo sobre Personal Funcionario impugnado, tiene un coste económico, pero ello no conlleva la necesidad de considerarlas retribuciones porque su razón de ser y su régimen de devengo es muy diferente. Las retribuciones son la contraprestación directa del trabajo profesional desarrollado, y se devengan por la totalidad de los empleados públicos con regularidad periódica en un mismo importe; mientras que las medidas de acción social no son compensación del trabajo realizado sino protección o ayuda de carácter asistencial, que se generan o devengan cuando se producen

contingencias que colocan al beneficiario en una singular o desigual situación de necesidad. Equiparar una medida de acción social con las retribuciones, considera que comportaría vaciar de contenido esta diferenciada materia negociable que señala la ley. Es cierto que la falta de una regulación más detallada del contenido de estas medidas ha suscitado dudas sobre la identificación de las mismas, y ha generado por ello pronunciamientos de esta Sala no siempre coincidentes. Mas la posible contradicción debe decidirse por la actual solución con base en las razones que acaban de apuntarse.

### **TERCERA.- De la solución jurisprudencial a la cuestión planteada**

*De lo anterior y como resultado de las posiciones sobre la cuestión debatida baste traer a colación, la más reciente posición del Tribunal Supremo, recogida en la Sentencia núm. 459/2018, de fecha 20/03/2018 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta), y que por cuanto supone a nuestro juicio solución a la cuestión planteada, pasamos a reproducir sus Fundamentos de Derecho, en cuanto aquí interesan:*

(.....)

*“Explica el motivo que los premios de jubilación no son una medida asistencial sino una gratificación de naturaleza retributiva y que, en consecuencia, ha de estar sometido al régimen jurídico propio de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones públicas establecido por normas básicas estatales. Las medidas asistenciales, añade el escrito de interposición, responden a situaciones de infortunio o a estados de necesidad concretos que suelen originar pérdida de ingresos o exceso de gastos y la jubilación no es una contingencia sino una causa de extinción de la relación de servicio que viene, además, acompañada de un régimen especial de protección social. (...)*

*Sentadas estas premisas, el escrito de interposición indica que el régimen retributivo de los funcionarios de la Administración local se haya en los preceptos que considera infringidos por la sentencia, al no aplicarlos. Y en ellos, subraya, no tienen encaje los premios de jubilación. Se trata, prosigue, de una remuneración diferida que ha de considerarse ilegal a la vista de lo dispuesto en el artículo 1, párrafo segundo, del Real Decreto 861/1986 además de la prohibición de recibir ingresos atípicos que reiteran las Leyes de Presupuestos.*

*El juicio de la Sala. Los premios de jubilación previstos por el Acuerdo de 26 de abril de 2011 son remuneraciones.*

*El escrito de oposición del Ayuntamiento de Icod de Los Vinos alude a la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 20 de diciembre de 2013, dictada en el recurso de casación 7064/2010 pues ve en ella la confirmación de la conformidad a Derecho del pronunciamiento al que llega la Sala de Santa Cruz de Tenerife sobre los premios de jubilación contemplados por los artículos 21 y 22 del Acuerdo de 26 de abril de 2011.*

*Pues bien, esa sentencia del Tribunal Supremo, que la de instancia no menciona pero sí la que ésta sigue, o sea, la dictada en el recurso n.º 120/2014 el 29 de diciembre de 2014, ciertamente admite la posibilidad de negociar cuestiones referidas a los funcionarios jubilados a la vista del artículo 37.1 g) del Estatuto Básico del Empleado Público. También señala*

que, si bien toda medida de acción social tiene un coste económico, esa circunstancia no significa que deban todas ser consideradas retribuciones ya que su justificación y su régimen de devengo son muy diferentes. Dice que no cabe atribuir a estos desembolsos la consideración de «retribuciones» pues se trata de medidas asistenciales que «no son compensación del trabajo realizado sino protección o ayuda de carácter asistencial, que se generan o devengan cuando se producen contingencias que colocan al beneficiario en una singular o desigual situación de necesidad».

*Asimismo, en esa sentencia se observa que:*

*La propia regulación tributaria en materia de IRPF viene a admitir la diferencia entre una y otras, pues si bien señala que los rendimientos del trabajo son un componente de la renta gravada, dentro de ese concepto genérico separa lo que son propiamente retribuciones (sueldos y salarios) y lo que constituyen otras clases de devengos económicos o prestaciones provenientes del trabajo. Y hay una última razón nada desdeñable: toda medida de acción social tiene un coste económico, como ya se ha adelantado, por lo que equipararla con las retribuciones comportaría vaciar de contenido esta diferenciada materia negociable que señala la ley.*

*Ahora bien, en esta ocasión la Sección Séptima de esta Sala se pronunció en los términos que acabamos de recordar sobre diversas medidas, de muy diferente naturaleza. Una era la ayuda a la jubilación anticipada pero no hace una consideración separada para ella sino que los razonamientos anteriores se refieren, conjuntamente, a extremos como vacaciones, licencias y permisos, prestaciones sanitarias, supuestos de incapacidad, ayudas para sepelio o incineración, discapacidades, becas de orfandad, seguros, ayudas para guardia y custodia de mayores y matrículas. Es decir, esa sentencia alude a una variada gama de supuestos y razona en términos generales sobre todos ellos sin detenerse en la consideración individualizada de cada uno.*

*En cambio, con anterioridad la misma Sección Séptima ha hecho pronunciamientos expresamente dirigidos a los premios de jubilación y ha señalado que no son conformes a Derecho. Así, la de 9 de septiembre de 2010 (casación n.º 3565/2007), con cita de las anteriores de 18 de enero de 2010 (casación n.º 4228/06) y de 12 de febrero de 2008 (casación n.º 4339/2003) ha dicho que esos premios infringen la disposición adicional cuarta del Real Decreto Legislativo 781/86 y la disposición final segunda de la Ley reguladora de las bases de régimen local y no se pueden amparar en el artículo 34 de la Ley 30/1984 porque no atienden a los supuestos previstos en el precepto pues no son retribuciones contempladas en la regulación legal, ni un complemento retributivo de los definidos en el artículo 5 del Real Decreto 861/1984 y tampoco se ajustan a las determinaciones del artículo 93 de la Ley reguladora de las bases de régimen local.*

*Desde luego, como dice la sentencia de 20 de diciembre de 2013 (casación n.º 7680), no están excluidas de la negociación que contempla el artículo 37 del Estatuto Básico del Empleado Público las cuestiones relacionadas con las clases pasivas ni con los funcionarios jubilados. Es igualmente verdad que toda medida asistencial puede comportar costes económicos y que eso no significa que deban ser consideradas todas retribuciones. No obstante, entiende la Sala que los premios de jubilación previstos en los artículos 21 y 22 del Acuerdo*



de 26 de abril de 2011 del pleno del Ayuntamiento de Icod de Los Vinos no son medidas asistenciales.

*Se trata de remuneraciones distintas de las previstas para los funcionarios de las corporaciones locales por la legislación básica del Estado. Se debe reparar en que estos premios no responden a una contingencia o infortunio sobrevenidos sino que se devengan simplemente por la extinción de la relación de servicio funcional cuando se alcanza la edad de la jubilación forzosa o la necesaria para obtener la jubilación anticipada. No se dirigen pues a compensar circunstancias sobrevenidas de la naturaleza de las que inspiran las medidas asistenciales —esto es, determinantes de una situación de desigualdad— sino que asocian a un supuesto natural, conocido e inevitable de la relación funcional, por lo demás no específico del Ayuntamiento de Icod de Los Vinos sino común a toda la función pública, una gratificación.”*

**CUARTA.- De la conclusión respecto a las solicitudes presentadas.**

Al respecto, y conforme se señala en los antecedentes del presente, por tres de los policías solicitantes, se invoca el artículo 2 del Acuerdo Marco por el que se regulan las relaciones entre el personal funcionario del Excmo. Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ y la Corporación Municipal, si bien por su aprobación, según refieren en sus escritos “publicado por resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha \_\_\_-\_\_\_-2008 (DOE de \_\_. \_\_.2008)” realmente invocan la RESOLUCIÓN de \_\_ de \_\_ de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción en el Registro y se dispone la publicación del Convenio Colectivo de trabajo del personal laboral del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ y Anexos” (DOE \_\_.09.2008, y no \_\_.05.2008), donde se recoge el III CONVENIO COLECTIVO DEL PERSONAL LABORAL DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE \_\_\_\_\_, y en su consecuencia inaplicable, a los solicitantes que lo invocan, dada su condición de personal funcionario de dicho Ayuntamiento, por su condición de Policía Local, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura.

En definitiva y por cuanto antecede y siguiendo el parecer de la Sentencia reseñada, a juicio del funcionario informante, la indemnización o premio por jubilación que por los solicitantes se realiza al Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, por invocación del artículo 41.3 del Acuerdo por el que se regulan las relaciones entre el personal funcionario del Excmo. Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ y la Corporación Municipal, en cuanto dispone: *1. La jubilación de los funcionarios podrá ser: Voluntaria, a solicitud del funcionario. Forzosa al cumplir la legalmente establecida. 2. ....3. El Ayuntamiento se compromete al fomento de la jubilación anticipada a partir de los 60 años del funcionario, fijando un baremos de indemnización o premio de acuerdo con la edad siempre que el interesado lo solicite con dos meses de antelación, con arreglo a la siguiente escala: De 60 a 61 años: 1 mensualidad por cada año trabajado en el Ayuntamiento, hasta un máximo de 18 mensualidades. .... Dichas cantidades podrán ser abonadas en efectivo y por una sola vez. Asimismo y en función del tiempo de servicios*

*prestados, solicitan la indemnización o premio de fomento de la jubilación anticipada”, se trata de remuneraciones distintas de las previstas para los funcionarios de las corporaciones locales por la legislación básica del Estado. Se debe reparar en que estos premios no responden a una contingencia o infortunio sobrevenidos sino que se devengan simplemente por la extinción de la relación de servicio funcionarial cuando se alcanza la edad de la jubilación forzosa o la necesaria para obtener la jubilación anticipada. No se dirigen pues a compensar circunstancias sobrevenidas de la naturaleza de las que inspiran las medidas asistenciales — esto es, determinantes de una situación de desigualdad— sino que asocian a un supuesto natural, conocido e inevitable de la relación funcionarial, por lo demás no específico del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sino común a toda la función pública, una gratificación.*

**QUINTA.-** Consecuencia de lo que antecede, procedería que por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se lleve a efectos la modificación del referido Acuerdo por el que se regulan las relaciones entre el personal funcionario del Excmo. Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ y la Corporación Municipal y en concreto la supresión de su artículo 41, en lo referente al fomento de la jubilación anticipada, toda vez que meritado artículo conforme a lo señalado en este informe y en base a la doctrina del Tribunal Supremo transcrita, incurre en causa de nulidad prevista en el apartado 2º del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), en cuanto dispone: *También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.*

Pues en otro caso y de reconocerse la pretensión de los solicitantes supondría que el acto o los actos en cuestión, incurrirían igualmente en causa de nulidad prevista por el apartado 1º del mencionado artículo 47 (LPACAP), en cuanto establece: Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: y en su letra g) dispone: *Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley. Debiendo en este caso, proceder igualmente a instar la misma por el procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos, regulado en el artículo 106 de la meritada a Ley 39/2015, de 1 de octubre.*

Ello es así, toda vez que los mismos, suponen, a juicio del informante, una alteración del régimen retributivo de los funcionarios de las Administraciones Locales que carece de cobertura legal y de justificación y vulnera los artículos 93 de la Ley reguladora de las bases de régimen local, 153 del Real Decreto Legislativo 781/1986, y 1.2 del Real Decreto 861/1986, así como lo dispuestos en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, y en concreto para el año en curso por lo dispuesto en el apartado ocho del artículo 18 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 que dispone: *Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a los fijados en el apartado dos deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables las cláusulas que se opongan al mismo.* (Ley de Presupuestos de 2018, prorrogados para el vigente ejercicio en virtud de lo dispuesto en el artículo 38.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria ).

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 \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



## **RECURSO DE ALZADA CONTRA EL ACUERDO DEL TRIBUNAL DE SELECCIÓN DESESTIMATORIO DE LAS ALEGACIONES DE LA RECURRENTE**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ se emite el presente INFORME

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por parte del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, en fecha \_\_ de \_\_\_\_ de 2019, se remite, por ORVE, copia del Recurso de Alzada interpuesto por una de las participantes en el proceso selectivo de una plaza de Técnico Superior de Bienes y Contratos, solicitando informe jurídico de esta Oficialía.

**SEGUNDO.-** Se aporta con la solicitud la documentación que a continuación se detalla:

**Documento 1.-** Recurso de Alzada de Doña \_\_\_\_\_.

Dicho recurso se interpone contra el acuerdo del Tribunal de selección de fecha \_\_ de \_\_\_\_\_, por el que se desestima su reclamación contra el acuerdo de fecha \_\_ de febrero de 2019, por el que se valoran los méritos y por el que se acuerda proponer al órgano de contratación de otra de las participantes en el proceso de selección.

**Documento 2.- Decreto de Alcaldía que incluye las Bases de la Convocatoria para la selección y contratación de un Técnico Superior en Bienes y Contratación,** mediante la suscripción de un contrato de relevo.

**Documento 3.- Acta de la celebración de la prueba de la Fase de oposición** de la convocatoria para la selección de un Técnico Superior de Bienes y Contratos de fecha \_\_ de \_\_\_\_ de 2019.

**Documento 4.- Relación de méritos** aportados por la recurrente.

**Documento 5.- Acta de la celebración de la baremación de méritos de la fase de concurso** de la convocatoria para la selección de un Técnico Superior de Bienes y Contratos de fecha \_\_ de \_\_\_\_ de 2019.

**Documento 6.- Acta de la celebración de la baremación de méritos de la fase de concurso del proceso selectivo, mediante concurso-oposición de dos trabajadores/as sociales** de fecha \_\_ de \_\_\_\_ de 2019.

**Documento 7.- Escrito de la recurrente solicitando el acceso al expediente** del procedimiento de selección y a los documentos que en él se contienen con fecha \_\_ de \_\_\_\_ de 2019.

**Documento 8.- Escrito de alegaciones a la baremación** realizada por el Tribunal de selección de los méritos presentados por la recurrente, de fecha \_\_ de \_\_\_\_ de 2019.

**Documento 9.- Contestación al escrito de alegaciones**, con fecha de notificación \_\_ de \_\_\_\_ de 2019.

**Documento 10.- Acta de la reunión mantenida el día \_\_ de \_\_\_\_ de 2019 por el Tribunal constituido para la selección de un Técnico Superior de Bienes y Contratos.**

En dicha reunión se puso a disposición de la recurrente la documentación sobre la que se procedió en su día a la baremación de la aspirante que había obtenido la mayor calificación en el citado proceso.

Asimismo, se acuerda, por unanimidad, elevar a definitiva la propuesta de nombramiento de la aspirante que ha obtenido la mayor puntuación en el proceso selectivo.

**Documento 11.- Copia Convenio Colectivo del Ayuntamiento de \_\_**, publicado en DOE número \_\_, de \_\_ de \_\_\_\_ de 2011, que regula las relaciones laborales entre el Ayuntamiento de \_\_\_\_ y del personal laboral al servicio de éste.

**Documento 12.- Contrato de trabajo entre el Ayuntamiento de \_\_\_\_ y la recurrente**, de fecha \_\_ de \_\_\_\_ de 2016, para la realización de funciones de Agente de Empleo y Desarrollo Local

## **LEGISLACIÓN APLICABLE**

- 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.

- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

- Convenio colectivo regulador de las relaciones de trabajo entre el personal laboral del Ayuntamiento de \_\_\_\_ y la Corporación Municipal, suscrito el \_\_ de \_\_\_\_ de 1999 (DOE número \_\_, de \_\_ de \_\_\_\_ de 2011).

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **PRIMERO.- RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE RELEVO.**

La recurrente alega como cuestión previa la imposibilidad de suscribir contratos de relevo a jornada completa.

No podemos compartir dicha alegación ya que el **art 12.6.** 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 en relación con el contrato de relevo que:

*“Para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial, en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y demás disposiciones concordantes, deberá acordar con su empresa una reducción de jornada y de salario de entre un mínimo del veinticinco por ciento y un máximo del cincuenta por ciento y la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo, de acuerdo con lo establecido en el apartado siguiente, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. También se podrá concertar el contrato de relevo para sustituir a los trabajadores que se jubilen parcialmente después de haber cumplido la edad de jubilación ordinaria que corresponda conforme a lo establecido en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.*

***La reducción de jornada y de salario podrá alcanzar el setenta y cinco por ciento cuando el contrato de relevo se concierte a jornada completa y con duración indefinida, siempre que el trabajador cumpla los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.”***

Asimismo el **artículo 215** del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social regulador de la **Jubilación parcial**.

*“(…)siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo en los términos previstos en el artículo 12.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, los trabajadores a tiempo completo podrán acceder a la jubilación parcial cuando reúnan los siguientes requisitos.*

***c) Que la reducción de su jornada de trabajo se halle comprendida entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo del 50 por ciento, o del 75 por ciento para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida, siempre que se acrediten el resto de los requisitos. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.”***

Se deduce, por tanto, que cumpliendo los requisitos establecidos en la Ley de la Seguridad Social para el acceso a la jubilación parcial, el trabajador relevado ha optado por una reducción de su jornada laboral que alcanza el 75% lo que conlleva, obligatoriamente que el contrato de relevo que se suscribe en paralelo a dicha jubilación parcial deba ser indefinido y a jornada completa, tal y como la normativa citada dispone.

En cuanto al **Real Decreto-Ley 20/2018**, de 7 de septiembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio de España, no afecta a la regulación del contrato de relevo sino que se trata de una reforma limitada y transitoria, orientada particularmente a sectores profesionales industriales y, dentro de estos, a determinados colectivos de trabaja-

dores, que exige para su efectividad la concurrencia de determinados requisitos referidos tanto a los trabajadores que accedan a la jubilación parcial como a las empresas en las que estén prestando sus servicios.

Por tanto, del estudio del articulado de dichas normas, se deduce claramente que la modalidad contractual recogida en las Bases de la Convocatoria para formalizar la futura relación laboral que resulte del proceso selectivo es perfectamente válida.

## **SEGUNDO.- MODIFICACIÓN DE LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS EN LA BASES DE LA CONVOCATORIA**

El Tribunal Calificador y los participantes en el proceso selectivo se encuentran vinculados por lo que dispongan las bases de la convocatoria, ya que es principio básico en nuestro ordenamiento jurídico, aquél a tenor del cual las bases de una convocatoria de un proceso selectivo vinculan a la Administración, a los Tribunales o Comisiones de Selección que han de juzgar las pruebas y, en fin, a quienes participan en las mismas. Es decir, rige en nuestro Derecho el viejo axioma según el cual, las bases de una convocatoria constituyen la Ley del concurso.

Y si bien, dada su discrecionalidad técnica, el Tribunal Calificador goza de una indiscutible margen de actuación cuando se trata de calificar los ejercicios teóricos y prácticos de una oposición, en cambio no ocurre lo mismo, pudiendo, en consecuencia, ser fiscalizado y revisado su proceder, cuando se trata de la estimación de méritos y aplicación del baremo correspondiente, por ser este un elemento objetivo y normativo del sistema de selección del que los Tribunales Calificadores **no pueden apartarse, de tal forma que no es posible que se atribuyan méritos que expresamente no se consideren tales por la convocatoria**, no apreciarlos en quienes concurren o aplicar porcentajes superiores o inferiores a los señalados para cada uno de ellos, situaciones referidas a la valoración de méritos y aplicación de puntuación que siempre pueden ser objeto de control jurisdiccional.

Asimismo, el Tribunal Calificador dispone también de un margen interpretativo de las bases de la convocatoria, y dicha interpretación resultara admisible siempre que no sea contraria a las bases aprobadas para el sistema selectivo. Dicho con otras palabras, la Comisión de Valoración se encuentra legitimada para interpretar las bases de la convocatoria en aquellos aspectos que puedan dar lugar a dudas en su aplicación, sin que pueda oponerse objeción alguna a dicha facultad, salvo que se realice una interpretación de las bases contraria a su letra y espíritu.

Ahora bien, otro asunto sería la modificación, en vía interpretativa, de lo establecido en las Bases de la Convocatoria, ley del proceso, y que no pueden ser alteradas salvo a efectos meramente aclaratorios de cualquiera de los aspectos que en ellas se recojan.

En el supuesto que nos ocupa, del contenido de la Base Novena, se extrae claramente aquellos criterios de selección que se valoran en fase de concurso, titulación, cursos y experiencia laboral y que el tribunal puntúa automáticamente en base al baremo establecido y a la vista de los documentos aportados por los aspirantes.



Sin embargo y como bien indica la recurrente, el órgano de valoración modifica las Bases de la Convocatoria en lo relativo a los méritos a valorar, estableciendo unas normas de juego distintas y en un momento del procedimiento que no permite su impugnación, ya que recoge estas modificaciones en el Acta de celebración de la baremación de méritos de la fase de concurso cuando ya había concluido la fase de oposición y eran conocidos los aspirantes que habían superado la misma.

Así, en lo relativo a la fase de concurso, las **Bases** (documento 2) disponen que se valorarán los siguientes méritos:

*“1.- Por servicios prestados (hasta 1.5 puntos)*

*1.1.- Por haber trabajado en la misma categoría o superior, a la del puesto a ocupar, en cualquier Administración Pública, a razón de 0,10 puntos por mes (...)*

*2.- Por formación (hasta 3.5 puntos):*

*Cursos de formación y perfeccionamiento relacionados con las tareas propias de la categoría que se convoca (...)*”

Mientras que en el **Acta** (documento 3) que recoge las deliberaciones del Tribunal en la sesión de valoración de los méritos establece que:

*“En cuanto a la experiencia profesional, solo se valorarán los trabajos llevados a cabo dentro del Grupo A1 o Grupo de Cotización 01, quedando descartada la experiencia laboral en otros grupos profesionales”*

*En cuanto a la formación: “se valorarán únicamente, en el capítulo de Formación, los cursos estrictamente relacionados con el puesto de trabajo a desempeñar, quedando por tanto descartados los que no hagan referencia a este contenido exacto.”*

Una vez expuestas las modificaciones realizadas, consideramos conveniente hacer las siguientes apreciaciones:

- Tanto en las Bases de la Convocatoria como en el Acta de la sesión de baremación, se dispone que se valorará la formación relacionada o con el puesto de trabajo o con las tareas del puesto de trabajo. Entendemos que difícilmente se podrá aplicar este criterio de valoración, o de ser aplicado, será harto dificultosa su impugnación cuando en ni en las Bases o en la documentación que obra en el expediente, se hace descripción alguna del puesto de trabajo y de las funciones que conlleva.

- En lo dispuesto para la valoración de la experiencia profesional, la modificación realizada supone una restricción importante en cuanto a los méritos valorables, ya que en las Bases se hace referencia a los servicios prestados en la misma categoría- en base al Convenio Colectivo, categoría A, es decir, toda experiencia relacionada con puestos de trabajo para cuyo desempeño haya que poseer una licenciatura universitaria- mientras que la modificación realizada por el órgano de valoración solo considera valorable la relacionada con el puesto concreto objeto del proceso selectivo lo que supone un recorte sustancial de los méritos acreditables.

Por tanto, si es la propia base la que da lugar a las dudas, con su redacción, la interpretación de la misma debe hacerse como las de cualquiera otra convención que por escrito se establezca entre las partes, de manera estricta, según la propia significación de sus términos literales, cuando ofrezcan un sentido claro y recto, sin ser admisible aplicarlas con analogías y restricciones que, en caso de haberlas querido establecer la Administración, debió haberla expresado en la convocatoria y nunca adoptarlas a posteriori.

Por último, añadir que esta modificación de los criterios de valoración recogidos en las bases, se acuerda por parte del Tribunal incumpliendo la exigencia de motivación recogida en el artículo 35. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que obliga a motivar todos aquellos actos que limitan derechos subjetivos o intereses legítimos.

### **TERCERO.- CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ÓRGANO COLEGIADO. PRESENCIA DEL SECRETARIO.**

En lo referente a la constitución y funcionamiento del Tribunal de Selección en cuanto a la ausencia del Secretario y una de las componentes del Tribunal por figurar en un Tribunal de selección celebrado el mismo día y horario y su repercusión en la toma de decisiones por unanimidad damos por reproducidas las alegaciones de la recurrente, estimando totalmente las mismas.

### **CUARTO.- VALORACIÓN DE LA EXPERIENCIA LABORAL**

#### **a) Valoración de la experiencia como Agente de Empleo y Desarrollo Local:**

La experiencia laboral como AEDL, entendemos que **no debe ser valorada** puesto que, como se recoge en la contestación al escrito de alegaciones presentadas por la ahora recurrente, el contrato suscrito con la interesada estaría **adscrito al Grupo A2** (Categoría B. Titulados de Grado Medio según se recoge en el artículo 13 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_), tal y como se deduce de su inclusión en el grupo de cotización 02 al que pertenecen Ingenieros técnicos, peritos y ayudantes titulados y a mayor abundamiento, porque la formación requerida para el desempeño del puesto de trabajo, según se consigna en el apartado Nivel Formativo del contrato de trabajo es la de *“Enseñanzas Universitarias de primer ciclo y equivalentes o personas que han aprobado 3 cursos completos de una licenciatura o créditos equivalentes”* según lo asignado por el SEPE al Código 54 que en el contrato figura.

#### **b) Valoración del período desempeñado como becaria:**

Entendemos que **no debe ser computada como experiencia laboral** el período en que la interesada fue beneficiaria de una beca tal y como se recoge en el escrito de contestación a lo alegado por la interesada respecto de la baremación realizada a los méritos por ella presentados por tratarse, según reiterada jurisprudencia, de una actividad con carácter formativo, sin existencia de relación laboral ni profesional.

## **QUINTO.- VALORACIÓN DE LA FORMACIÓN**

En cuanto a la valoración del curso de Mediación, si nos atenemos a lo dispuesto en las bases de la Convocatoria que establecía que se tendría en cuenta la formación relacionada con las tareas propias de la categoría, como ya se ha apuntado, dichas tareas no se definen ni en las Bases ni consta en la Relación de Puestos de Trabajo aprobada por Acuerdo del Pleno de 29 de enero de 20017.

La reelaboración de las Bases que realiza el Tribunal, mantiene la misma indefinición en cuanto a qué formación se considera baremable, puesto que remite a la estrictamente relacionada con un puesto de trabajo del que se desconocen sus tareas y funciones.

Es por ello, que dada la indefinición acerca de las funciones tanto de la categoría como del puesto de trabajo, lo alegado por la recurrente justifica la relación existente entre las capacidades adquiridas a través de la formación en mediación y las tareas que, en base a los procedimientos establecidos en la normativa deberá realizar en su puesto de trabajo, conforme al temario exigido para la selección.

A mayor abundamiento, y tal como alega la recurrente, a otra de las participantes en el proceso selectivo se le ha baremado cursos de contenidos transversales, como puedan ser los relacionados con la Ley de Protección de Datos o de Gestión y Control de Subvenciones que igualmente no tienen reflejo en el temario.

Por tanto, damos por reproducidas las alegaciones de la recurrente, entendiendo que el curso de mediación debe ser baremado por guardar relación con el contenido al que se encuentra vinculada la actividad que debe desempeñar la persona que ocupe el puesto de trabajo.

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** La modalidad contractual recogida en las Bases de la Convocatoria para formalizar la futura relación laboral que resulte del proceso selectivo es perfectamente válida, pudiendo celebrarse a jornada completa siempre que se realice para relevar a un trabajador que haya accedido a la jubilación parcial con una reducción de jornada entre el 50 y hasta el 75% de la misma.

**SEGUNDA.-** Las valoraciones de los méritos no pueden ser otras que las que constan en la convocatoria y el Tribunal carece totalmente de competencia para modificarlas, estando obligado además, conforme a lo dispuesto en la Base Novena, a valorar según los criterios recogidos en la misma.

**TERCERA.-** En cuanto a la vulneración de las normas relativas a la constitución y funcionamiento del órgano colegiado que es el tribunal de las pruebas selectivas, damos por reproducidas las alegaciones de la recurrente, estimando totalmente las mismas.

**CUARTA.-** En cuanto a la valoración de la experiencia laboral de la recurrente, en lo relativo al desempeño del puesto de Agente de Empleo de Desarrollo Local y en el periodo en que fue beneficiaria de una beca entendemos que no deben ser baremados, en el primer caso por no pertenecer a la misma categoría del puesto de trabajo objeto del proceso selectivo y, en el segundo supuesto, por tratarse de una actividad con carácter formativo.

**QUINTA.-** Consideramos que el Curso de Mediación realizado por la recurrente sí debe ser computado a efectos de baremación por tratarse de una formación relacionada con el puesto de trabajo o, en su defecto, con el mismo carácter transversal que la formación que sí se ha valorado a otra de las participantes.

Por todo lo expuesto, entendemos que, por parte del tribunal de selección, ha existido una extralimitación de sus funciones yendo más allá de lo recogido en las Bases de la Convocatoria por lo que consideramos que el Ayuntamiento debe **estimar lo alegado por la recurrente en cuanto al fondo del asunto** y, en consonancia con el suplico del recurso interpuesto, **dejar sin efecto las resoluciones y acuerdos incluidos en el Acta de Baremación** de méritos de la fase de concurso de la convocatoria para la selección de un Técnico Superior de Bienes y Contratos, **retrotrayéndose las actuaciones al momento inicial de la fase de concurso**, volviéndose a valorar los méritos alegados por los participantes en el procedimiento conforme a lo establecido en la Base Novena de la convocatoria.

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 \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

## RECONOCIMIENTO POR EL AYUNTAMIENTO DE LA CONDICIÓN DE TRABAJADORAS INDEFINIDAS NO FIJAS DE DOS EMPLEADAS MUNICIPALES

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### HECHOS. ANTECEDENTES

Escrito del Sr. Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente: *Se solicita asesoramiento tras habérsenos presentado 2 escritos de petición de 2 trabajadoras de este Ayuntamiento, en el que se nos reclama -la relación indefinida de sus contratos-, uno de ellos con la categoría de cocinera del Centro de Día y el otro de tec. Educación infantil de la Guardería Municipal. Ambos contratos se han venido realizando a través de convocatorias públicas cada 2 años. Se da la circunstancia que ambas trabajadoras aprobaron y resultaron seleccionadas en las 2 últimas convocatorias que se llevaron a cabo.*

*Considero que según la disp. adic. 3ª de los Presupuestos Generales de 2017, dichas contrataciones no podrían transformarse en indefinidas.*

### FONDO DEL ASUNTO

**PRIMERA.** La declaración como indefinido de un empleado laboral municipal de carácter temporal requiere acreditar que la contratación temporal se efectuó de modo irregular, con el mantenimiento de los contratos temporales más allá de la llegada de su término final estipulado, o bien la suscripción del contrato temporal en fraude de ley.

Los límites temporales para el contrato de obra y servicio determinado vienen marcados por el artículo 15.1.a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre -TRLET-: estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años, transcurrido el cual, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores indefinidos no fijos.

Y también para los contratos temporales en el artículo 15.5 del TRLET sobre límites al encadenamiento de contratos: los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquiriendo también entonces la condición de trabajadores indefinidos no fijos.

Pero no sólo ya el hecho del encadenamiento de los contratos temporales, sino que se presumen por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley (artículo 15.3º del TRLET).

**SEGUNDA.** En el caso que objeto del presente, afecta a 2 trabajadoras de 1 Ayuntamiento, en el que se reclama -la relación indefinida de sus contratos-, uno de ellos con la categoría de cocinera del Centro de Día y el otro de tec. Educación infantil de la Guardería Municipal. Ambos contratos se han venido realizando a través de convocatorias públicas cada 2 años.

Enlazando con lo señalado en el punto anterior, el contrato temporal que se celebra sin causa o con causa ilícita es considerado por la jurisprudencia como celebrado en fraude de ley, con la consecuencia de presumirlos por tiempo indefinido, y para la determinación de la legalidad de la causa contractual se tiene esencialmente en cuenta los términos en que aparece redactada la cláusula de temporalidad - exige la legislación laboral que se especifique e identifique *«suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto»* y *«la identificación de la circunstancia que determina su duración»*-, para ponerla en contraste con la actividad realmente desempeñada por el trabajador y con el cumplimiento de la finalidad a la que responde esta concreta modalidad de contratación temporal, debiendo quedar plenamente identificada y acreditada la causa legitimadora de la temporalidad (*SSTS de 7 de noviembre y de 5 de diciembre de 2005*, entre otras).

Si los servicios de cocinera del Centro de Día y el otro de técnico de Educación infantil de la Guardería Municipal, no puede decirse que aquellos tengan autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad del Ayuntamiento, y por ello no es correcto recurrir al contrato de obra y servicio (contratación para la *«realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta»*).

Estos servicios han sido mantenidos a lo largo del tiempo por el Ayuntamiento, y ello aunque haya contado o cuente con financiación autonómica externa. No pueden considerarse, por ello, como servicios «con autonomía y sustantividad propia» dentro de la actividad habitual y ordinaria del ente local empleador, de lo que resulta que los contratos de obra y servicio que se suscriban no responden a la causa temporal que define esta modalidad de contratación laboral temporal. De ahí que el contrato de las trabajadoras, si éstas deciden demandar al Ayuntamiento, serán muy probablemente declaradas en vía judicial como indefinidas no fijas.

Por su parte, la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, en su Disposición Adicional 43ª para con la Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral, establece:

*“Uno. Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con los*

previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades.

Dos. Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

Tres. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.

Cuatro. Las Administraciones Públicas promoverán en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal.

Cinco. La presente disposición, que tiene vigencia indefinida y surtirá efectos a las actuaciones que se lleven a cabo tras su entrada en vigor, se dicta al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, en lo relativo al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones.

Es decir, que serán las trabajadoras en cuestión quienes, en su caso, deberán demandar en vía judicial el reconocimiento del carácter indefinido no fijo de sus contratos con el Ayuntamiento. En ningún caso puede el Ayuntamiento realizar este reconocimiento o declaración, ni de oficio ni a instancia de las interesadas.

El Ayuntamiento, de producirse esta tesitura, y declarada judicialmente tal condición, debería proceder a regularizar lo antes posible la situación planteada. Ello pasaría por crear las plazas en plantilla presupuestaria y en la RPT, y posteriormente proceder a incluir tales plazas en la OEP así como convocar los procesos selectivos oportunos (siempre que la tasa de reposición de efectivos lo permita).

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** En el caso que nos plantean, entendemos que las trabajadoras afectadas pueden obtener en vía judicial el reconocimiento del carácter laboral indefinido no fijo de sus contratos de trabajo con el Ayuntamiento, y ello porque los contratos laborales de obra y servicio se vienen concertando sin concurrir la causa temporal que define a esta modalidad de contratos.

**SEGUNDA.** En todo caso, el reconocimiento del carácter indefinido no fijo corresponde efectuarlo a los órganos jurisdiccionales, en ningún caso al Ayuntamiento. Si las trabajadoras deciden demandar al Ayuntamiento, y obtienen sentencia favorable a su pretensión, procedería entonces plantear la regularización vía modificación de plantilla y RPT, con creación de las plazas y procediendo a continuación a su cobertura en legal forma a través de los correspondientes procesos selectivos.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



## **PROPUESTA DE PASE A SITUACIÓN DE SEGUNDA ACTIVIDAD DE AUXILIAR DE LA POLICÍA LOCAL**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### **HECHOS. ANTECEDENTES**

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre el asunto epigrafiado, acompañando propuesta de carácter personal entre Ayuntamiento y el Auxiliar de la Policía Local, pendiente de Informe de esta Oficialía y de acuerdo del Pleno Municipal en su caso.

### **FONDO DEL ASUNTO**

**PRIMERA.-** La situación de segunda actividad para los funcionarios de la Policía Local se regula en esta Comunidad Autónoma, en la Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura -LCPLEX-, concretamente en sus arts. 38 y ss. Sin perjuicio de lo establecido en la Disp. Adic. 1ª de la norma:

“La regulación de la segunda actividad que contiene esta ley no impide que cada ayuntamiento, en el ejercicio de sus potestades y de acuerdo con sus peculiaridades organizativas y presupuestarias, pueda desarrollar o adaptar las medidas establecidas en ella siempre que no suponga menoscabo o empeoramiento de las mismas, y con independencia de los derechos adquiridos por el personal funcionario de las Policías Locales de Extremadura al amparo de los Reglamentos de segunda actividad de los respectivos ayuntamientos.”

Dicha segunda actividad puede declararse a petición propia por razón de edad (en el momento actual a partir de los 55 años de edad, siempre y cuando se cuente con un mínimo de 25 años de servicio, según nos indica el art. 40 LCPLEX); o por insuficiencia de las aptitudes psicofísicas, como señala el art. 41 LCPLEX:

“1. Pasarán a la situación especial de segunda actividad los funcionarios que presenten una insuficiencia de las aptitudes psicofísicas para el desempeño de los cometidos atribuidos a la Policía Local en situación de servicio activo operativo, manifestada por una disminución apreciable de las mismas evaluada por un tribunal médico, previa instrucción del oportuno procedimiento, de oficio o a solicitud del interesado, y siempre que la intensidad de la referida insuficiencia no sea causa de jubilación por incapacidad permanente absoluta de acuerdo con la legislación básica sobre función pública, ni causa de incapacidad temporal.

2. A este efecto se habrá de constituir un tribunal facultativo con tres médicos especialistas: uno designado por el ayuntamiento, otro por la persona interesada y el tercero por la Junta de Extremadura a través de la Consejería competente en materia de salud. Este tribunal deberá emitir un dictamen vinculante donde se pronuncie sobre la conveniencia o no del pase del funcionario afectado a la situación de segunda actividad, con indicación de los motivos de salud que lo hacen aconsejable y los posibles plazos de revisión.

3. El reingreso al servicio activo operativo se podrá acordar de oficio o a solicitud del funcionario interesado, siempre que hayan desaparecido las causas de salud que motivaron el pase a segunda actividad, previo dictamen de tribunal médico en los términos del apartado anterior.”

**Por lo tanto, no es posible el pase a segunda actividad por insuficiencia de aptitud psicofísica mediante un acuerdo entre el funcionario y el Alcalde, sino que se ha de seguir el procedimiento establecido en la norma para la declaración de la situación; sin que entendamos que lo establecido en la Disp. Adic. 1ª LCPLEX habilite para la actuación pretendida, ya que la declaración tiene que seguir el procedimiento fijado.**

**SEGUNDA.-** En el caso de que se haya seguido el procedimiento y, según nos indican, no habiendo desarrollado el Ayuntamiento la segunda actividad, el art. 38.4 LCPLEX determina que:

“Con carácter general, los miembros de los Cuerpos de Policía Local desarrollarán la segunda actividad prestando servicios preferentemente dentro del propio Cuerpo de Policía Local y en servicios o funciones no operativas. Cuando no existan puestos de segunda actividad en el Cuerpo, el funcionario podrá ser voluntariamente destinado a otros puestos de trabajo, del mismo grupo de clasificación funcional, dentro del Ayuntamiento, procurando siempre que exista concordancia entre las funciones asignadas a ese puesto y las que pueda desarrollar el funcionario en atención a sus aptitudes físicas y psíquicas.”

**Esto es, en el caso de no existir puestos de segunda actividad en el cuerpo, cabe que de forma voluntaria se ocupe destino en otros del mismo grupo de clasificación funcional, siempre y cuando el funcionario pueda desarrollar las tareas en atención a su aptitud; por lo que, en el caso de encontrarse el funcionario legalmente en la situación de segunda actividad, si se cumplen las anteriores condiciones, puede destinarse al puesto señalado.**

Finalmente, en el caso de la segunda actividad ocupando destino, las retribuciones serían las correspondientes al puesto que ocupaba antes de la declaración, como indica el art. 43.1 LCPLEX.

## CONCLUSIONES

1ª. La segunda actividad de los Policías Locales en Extremadura puede declararse a petición propia por razón de edad (a partir de los 55 años de edad, siempre

que se cuente con un mínimo de 25 años de servicio, según el art. 40 LCPLEX) o por insuficiencia de las aptitudes psicofísicas.

2ª. El procedimiento para la declaración de la segunda actividad por insuficiencia de aptitudes psicofísicas se contiene en el art. 41 LCPLEX, por lo que no es posible el pase a segunda actividad por insuficiencia de aptitud psicofísica mediante un acuerdo entre el funcionario y el Alcalde, sino que se ha de seguir el procedimiento establecido en la norma para la declaración de la situación; sin que entendamos que lo establecido en la Disp. Adic. 1ª LCPLEX habilite para la actuación pretendida, ya que la declaración tiene que seguir el procedimiento fijado.

3ª. En el caso de que se haya seguido el procedimiento y, según nos indican, no habiendo desarrollado el Ayuntamiento la segunda actividad, cabe que de forma voluntaria se ocupe destino en otros del mismo grupo de clasificación funcional, siempre y cuando el funcionario pueda desarrollar las tareas en atención a su aptitud; por lo que en el caso de encontrarse el funcionario legalmente en la situación de segunda actividad, si se cumplen las anteriores condiciones puede destinarse al puesto señalado.

4ª. En el caso de la segunda actividad ocupando destino, las retribuciones serían las correspondientes al puesto que ocupaba antes de la declaración (art. 43.1 LCPLEX).

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



# **SIMULTANEIDAD DEL PASE A LA SITUACIÓN DE SERVICIO ACTIVO DE VARIOS EFECTIVOS DE LA POLICÍA LOCAL. PERTINENCIA DE CONVOCATORIA DE PLAZA DE POLICÍA LOCAL POR JUBILACIÓN ANTES DE QUE SE PRODUZCA EL HECHO CAUSANTE.**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sra. Alcaldede-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ se emite el presente INFORME

## **ANTECEDENTES**

Con fecha \_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019, el Alcalde del la localidad de \_\_\_\_\_ presenta solicitud de asistencia jurídica en relación a los acuerdos a adoptar ante el inminente pase a situación de segunda actividad de miembros de su policía local, así como el momento procedimental pertinente para proceder a la convocatoria de una plaza antes de que se produzca la efectiva jubilación.

## **LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura.
- La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- 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.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- RDLeg 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**PRIMERA.** La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (BOE núm. 63, de 14 de marzo), dictada en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 104.2, regula las competencias de coordinación de las Policías Locales de las comunidades autónomas dentro de su ámbito territorial, y su ejercicio debe realizarse de acuerdo con lo previsto en la propia ley orgánica y en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (BOE núm. 80, de 3 de abril). En cumplimiento de la citada previsión constitucional, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero (DOE extraordinario

núm. 1, de 29 de enero), en su artículo 9.1.41 dispone que ésta tiene competencia exclusiva sobre la «coordinación y demás facultades previstas en la ley orgánica correspondiente en relación con las Policías Locales” en cuyo ejercicio se dictó la Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura.

La cuestión que sobre la que el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ solicita informe jurídico se centra en **la forma de proceder ante el inminente paso a la segunda actividad de dos, de los tres agentes, que componen el cuerpo de la policía local de la entidad.**

Es esta una materia regulada en los artículo 37 y ss de la mencionada Ley 7/2017, disponiendo que los miembros de la policía local podrán encontrarse en situación de servicio activo en segunda actividad, en los términos dispuestos en la referida ley y en las normas que la desarrollen. El artículo 40 de la ley 7/2017 refiere los requisitos para el pase a esta situación, exigiendo tener cumplidos 60 años de edad o los 55 años de edad llevando 25 años en situación de servicio activo como funcionario de Policía Local y debiendo el funcionario formalizar la correspondiente petición dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al cumplimiento de los requisitos de edad y de tiempo de prestación de servicios .

Es evidente que el pase a la segunda actividad de forma simultánea de dos tercios de la plantilla que conforman el cuerpo de policía local de la entidad, puede generar problemas de funcionamiento, circunstancia que posibilita aplicar el apartado 10 del artículo 38 de la referida Ley 7/2017 que dispone que «en aquellos supuestos en los que varios funcionarios de un Ayuntamiento soliciten, en el mismo año natural, el pase a la situación de segunda actividad, podrá establecerse como límite máximo para pasar a dicha situación el 25% del personal de plantilla del Cuerpo de Policía Local correspondiente. Esta limitación no podrá superar los 18 meses y estará necesariamente justificada de una forma objetiva en la necesidad de mantenimiento del servicio activo operativo del Cuerpo de Policía Local».

Para el cómputo de ese 25% debe atenderse al personal de plantilla del Cuerpo de Policía Local, entendido como personal en servicio activo operativo, no computándose los efectivos que en ese momento ya estuvieran en situación de segunda actividad.

**En consecuencia, en el caso que nos ocupa será posible denegar, temporalmente, el acceso a segunda actividad, sin que este plazo pueda tener una vigencia temporal superior a dieciocho meses.**

**SEGUNDA.** Respecto al modo de acceder a la situación de segunda actividad se ha de estar a lo prevenido en el artículo 38.4 de la Ley /2017 al disponer con “carácter general, los miembros de los Cuerpos de Policía Local desarrollarán la segunda actividad prestando servicios preferentemente dentro del propio Cuerpo de Policía Local y en servicios o funciones no operativas. Cuando no existan puestos de segunda actividad en el Cuerpo, el funcionario podrá ser voluntariamente destinado a otros puestos de trabajo, del mismo grupo de clasificación funcional, dentro del Ayuntamiento, procurando siempre que exista concordancia entre las

funciones asignadas a ese puesto y las que pueda desarrollar el funcionario en atención a sus aptitudes físicas y psíquicas”.

Esto es, en el caso de no existir puestos de segunda actividad dentro del propio Cuerpo, cabe que de forma voluntaria se ocupe destino en otros puestos del mismo grupo de clasificación funcional, siempre y cuando el funcionario pueda desarrollar esas tareas.

Resulta relevante en este punto destacar la necesidad de un **Reglamento de Segunda Actividad** que regule el procedimiento para acceder a esta situación. La ley 7/2017 establece, en su artículo 39.2, que reglamentariamente se determinará el procedimiento concreto a seguir por los Ayuntamientos en los expedientes que se tramiten para declarar el pase a la situación de servicio activo en segunda actividad y el reingreso al servicio activo operativo, en su caso. Sin perjuicio de ello, la Disposición adicional primera del referido cuerpo legal, establece que **la regulación de la segunda actividad que la Ley contiene (y que está pendiente de desarrollo reglamentario) no impide que cada ayuntamiento, en el ejercicio de sus potestades y de acuerdo con sus peculiaridades organizativas y presupuestarias, pueda desarrollar o adaptar las medidas establecidas en ella siempre que no suponga menoscabo o empeoramiento de las mismas, y con independencia de los derechos adquiridos por el personal funcionario de las Policías Locales de Extremadura al amparo de los Reglamentos de segunda actividad de los respectivos ayuntamientos. En Extremadura ya han hecho uso de esta facultad ayuntamientos como \_\_\_ o \_\_\_.**

**TERCERA.** Plantea además el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ en su escrito de petición de informe, **la posibilidad de convocar anticipadamente el proceso selectivo para cubrir una plaza de policía local que quedará vacante por jubilación.**

En el ámbito local el artículo 91 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) y el art. 128 del RDLeg 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local dispone que las Corporaciones locales aprobarán y publicarán anualmente la oferta de empleo público (OEP) para el año correspondiente, ajustándose a la legislación básica del Estado sobre función pública.

Artículo 91.

1. Las Corporaciones locales formarán públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal.

2. La selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso-oposición o concurso-oposición libre en los que se garantizan, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.

En el mismo sentido el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TRLEBEP), establece en su

artículo 70 que la oferta de empleo público es el instrumento de planificación que anualmente incluirá la previsión de las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos, por lo que resulta imprescindible antes de convocarse que la plaza haya sido incluida en la oferta de empleo público del municipio.

#### Artículo 70. Oferta de empleo público.

1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.

3. La Oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos.

En el concreto ámbito de la policía local, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 7/2017, que atribuye a los ayuntamientos la competencia para la selección de nuevo ingreso, la promoción y la movilidad del personal de las Policías Locales, de acuerdo con las previsiones de las respectivas ofertas anuales de empleo público.

La referida oferta de empleo público puede incluir no sólo las plazas que estén vacantes en el momento de su aprobación, sino también aquellas que se vayan a producir efectivamente dentro del ejercicio y cuya convocatoria se prevea realizar, ya que la OEP tiene carácter anual. Así mismo, a través de la OEP la entidad deberá prever el calendario de convocatoria de la selección que sea adecuado para que en el momento en que la plaza se encuentre efectivamente vacante por la jubilación de su actual titular, pueda ser cubierta de forma definitiva. Referir por último la previsión contenida en el artículo 19 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, actualmente prorrogada respecto de la tasa de reposición de efectivos que en el caso de Policías Locales será del 115 por ciento.

**CUARTA.** El artículo 20 de la Ley 7/2017 posibilita la **formalización de acuerdos de colaboración municipal** en los casos de necesidades estacionales, circunstancias especiales o extraordinarias del servicio policial que no requieran un aumento permanente de plantilla, para que Policías Locales de otra localidad, ejerzan las funciones propias de la Policía Local en el ámbito territorial del ayuntamiento



interesado. Estos acuerdos puntuales de colaboración, aprobados por los Plenos de los respectivos Ayuntamientos, han de ser comunicados con carácter previo a aplicación a la Consejería competente y habrán de respetar los criterios de actuación conjunta que se determinen reglamentariamente, así como, de conformidad con dichos criterios, las condiciones que en dichos acuerdos o convenios pudieran establecerse.

El ejercicio de funciones del personal funcionario de las Policías Locales de Extremadura fuera del municipio al que pertenezca, no tendrá una duración superior a treinta días, y se realizará en régimen de comisión de servicio aceptado voluntariamente por el funcionario interesado, oída la representación sindical de los respectivos ayuntamientos, percibiendo las retribuciones e indemnizaciones que les correspondan. Los servicios se prestarán bajo la superior jefatura de la alcaldía del municipio donde se realicen y bajo el mando directo de la Jefatura y mandos del Cuerpo del mismo.

En consecuencia, el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ ha de valorar la posibilidad de suscribir convenio de colaboración con ayuntamiento de una localidad con la que tenga cercanía geográfica por el que se adscriban, temporalmente y por las razones esgrimidas, a miembros del Cuerpo de la Policía Local de la localidad firmante del convenio, para el desempeño de los servicios de Policía Local en la localidad de \_\_\_\_\_, con los requisitos y condiciones que la Ley 7/2017 determina en su artículo 20.

## CONCLUSIÓN

El pase a la segunda actividad se producirá a petición del trabajador cuando cumpla los requisitos que dispone el artículo 40 de la Ley 7/2017, sin perjuicio de que su eficacia pueda quedar demorada hasta un máximo de dieciocho meses cuando lo soliciten, en el mismo año natural, el 25% de la plantilla.

No existe impedimento legal para que la entidad local pueda anticipar la convocatoria y realización de las pruebas selectivas para cubrir una plaza que ha de quedar vacante por jubilación, siempre que su cobertura haya sido prevista en la correspondiente oferta de empleo público.

En los casos de necesidades estacionales, circunstancias especiales o extraordinarias del servicio policial que no requieran un aumento permanente de plantilla, la falta de personal en los cuerpos de policía local puede ser suplida formalizando acuerdos de colaboración con alcaldías de otros ayuntamientos con lo que exista proximidad geográfica para que sus Policías Locales ejerzan las funciones propias de la Policía Local en el ámbito territorial del ayuntamiento interesado. De estos acuerdos puntuales de colaboración, aprobados por los Plenos de los respectivos Ayuntamientos, se dará comunicación previa a la Consejería competente y habrán de respetar los criterios de actuación conjunta que se determinen reglamentariamente, así como, de conformidad con dichos criterios, las condiciones que en dichos acuerdos o convenios pudieran establecerse.

Se adjunta a este informe, modelo de Convenio de colaboración policial por si fuera de su interés.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

# CONVENIO DE COLABORACIÓN MUNICIPAL PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE POLICÍA LOCAL EN LAS LOCALIDADES DE \_\_\_\_\_ Y \_\_\_\_\_

En \_\_\_\_\_, a \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019

## REUNIDOS

De una parte, D./D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, **Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de \_\_\_\_\_**

De otra parte, D. /D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, **Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de \_\_\_\_\_**

Ambos actúan en el ejercicio de sus cargos, en representación de los respectivos Ayuntamientos y, en base a las competencias que les atribuye el artículo 21 de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y artículo 41 del Real Decreto 2.568/86, de 28 de noviembre (ROF), ambos reformados por la Ley 11/99, de 21 de abril.

El presente Convenio ha sido aprobado por los respectivos Plenos Corporativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura en la sesión del día \_\_\_\_\_, por el Pleno de la Corporación de \_\_\_\_\_ y del día \_\_\_\_\_, por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_

Se reconocen, recíprocamente, la capacidad y competencia legales necesarias para este acto y, en su virtud,

## EXPONEN

La Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura, en su Título III, Capítulo II, artículo 20 regula la actuación supramunicipal de los Cuerpos de Policía Local y al respecto establece:

*“1. En los casos de necesidades estacionales, circunstancias especiales o extraordinarias del servicio policial que no requieran un aumento permanente de plantilla, las alcaldías de los ayuntamientos interesados podrán formalizar acuerdos de colaboración con alcaldías de otros ayuntamientos para que sus Policías Locales ejerzan las funciones propias de la Policía Local en el ámbito territorial del ayuntamiento interesado.*

*Entre los municipios que formalicen estos acuerdos deberá existir una proximidad geográfica.*

*De estos acuerdos puntuales de colaboración, aprobados por los Plenos de los respectivos ayuntamientos, se dará comunicación previa a la Consejería competente y habrán de respetar los criterios de actuación conjunta que se determinen reglamentariamente, así como, de*

*conformidad con dichos criterios, las condiciones que en dichos acuerdos o convenios pudieran establecerse.*

*2. El ejercicio de funciones del personal funcionario de las Policías Locales de Extremadura fuera del municipio al que pertenezca, no tendrá una duración superior a treinta días, y se realizará en régimen de comisión de servicio aceptado voluntariamente por el funcionario interesado, oída la representación sindical de los respectivos ayuntamientos, percibiendo las retribuciones e indemnizaciones que les correspondan.*

*Los servicios se prestarán bajo la superior jefatura de la alcaldía del municipio donde se realicen y bajo el mando directo de la Jefatura y mandos del Cuerpo del mismo.”*

En base a dicha normativa y a fin de conseguir una mayor eficacia en la prestación de los servicios policiales con ocasión de la escasa dotación de policías locales existente en \_\_\_\_\_, derivada de diversos motivos (bajas por enfermedad, pase a segunda actividad, jubilación....) que requieren, la adopción de medidas de seguridad ciudadana que con la dotación existente en la plantilla vigente no pueden ser cubiertas adecuadamente, hace necesario reforzar el Cuerpo de la Policía Local de \_\_\_\_\_ con efectivos procedentes de la plantilla del municipio de \_\_\_\_\_

En consecuencia, el presente convenio se formaliza para la adscripción temporal al Cuerpo de la Policía Local del Municipio de \_\_\_\_\_ de componentes del Cuerpo de la Policía Local de \_\_\_\_\_, para el desempeño, por insuficiencia temporal de medios para la atención ordinaria de los servicios de Policía Local en \_\_\_\_\_, a cuyos efectos acuerdan la formalización del presente Convenio de Colaboración con arreglo a las siguientes

## **ESTIPULACIONES**

**PRIMERA,-** Es objeto del presente Convenio de Colaboración la adscripción temporal al Cuerpo de la Policía Local de \_\_\_\_\_ de (número de efectivos) individual e indistintamente considerados, pertenecientes a su Cuerpo de la Policía Local, para que puedan actuar en el municipio de \_\_\_\_\_, por insuficiencia temporal de medios para la atención ordinaria de los servicios de Policía Local en este último municipio.

**SEGUNDA.-** Que por parte de la Jefatura de la Policía Local de \_\_\_\_\_, se propondrá la adscripción temporal de Policías Locales que se adhieran voluntariamente – oída la representación sindical de ambos ayuntamientos - para prestar los servicios de apoyo que requiera el cumplimiento del presente convenio, de forma rotativa y por turno de los agentes adscritos y que se relacionen previamente.

Los agentes que se desplacen deben estar libres de servicio en \_\_\_\_\_, no pudiendo solicitar ningún tipo de licencia para justificar la asistencia derivada del presente.

Los servicios se prestarán en pareja, con un máximo de diez servicios al mes, con una duración de cuatro horas efectivas por cada agente y se reflejarán en una planilla semestral

El Alcalde de \_\_\_\_\_, atendiendo dicha propuesta comisionará para la prestación de funciones policiales en el término municipal de \_\_\_\_\_ a (n<sup>a</sup> efectivos) de los policías locales que se detallan en el ANEXO al presente.

**TERCERA.-** Los agentes comisionados de entre los relacionados en el ANEXO desempeñarán los servicios policiales que se les encomienden, bajo la superior jefatura del Alcalde del municipio de \_\_\_\_\_, donde temporalmente actúan, y del mando operativo que ejercerá el Jefe de la Policía Local del mismo, sin perjuicio de lo que pueda disponer la Consejería competente de la Junta de Extremadura en uso de las facultades previstas en el artículo 22 de la citada Ley 7/2017.

Para el desarrollo de su labor policial, el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ pondrá a disposición de los Policías comisionados el coche de policía, la PDA, y resto de instalaciones y recursos con que cuenta la policía local de este Ayuntamiento

**CUARTA.-** La situación administrativa de los Policías Locales reseñados en la estipulación segunda y en el ANEXO, se perfeccionará mediante la correspondiente Comisión de Servicio para cometido especial de carácter circunstancial a desempeñar fuera del término municipal a que pertenecen, percibiendo del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ la correspondiente remuneración por los servicios prestados a razón de:

<b>DIAS</b>	<b>TURNO</b>	<b>PRECIO HORA</b>
<b>Lunes a Viernes</b>	Mañana y tarde	<b>Euros</b>
<b>Lunes a Viernes</b>	Noche	<b>Euros</b>
<b>Sábados</b>	Mañana y tarde	<b>Euros</b>
<b>Sábados</b>	Noche	<b>Euros</b>
<b>Domingos y festivos</b>	Mañana, tarde y noche	<b>Euros</b>
<b>Visperas de festivo</b>	Noche	<b>Euros</b>

Asimismo, por el Ayuntamiento de..... se sufragaran los gastos de desplazamiento de .....a..... (nº kms) con vehículo de alguno de los agentes intervinientes en cada servicio por el importe fijado y por este concepto para el resto de funcionarios de la Administración Local y que al día de suscripción del presente, conforme a la Orden EHA/3770/2005, de 1 de diciembre, prevé una

indemnización de 0,19 euros/Km por el uso de automóviles y en 0,078 por el de motocicletas.

Las cantidades debidas serán percibidas por los comisionados mensualmente mediante nómina correspondiente, con las retenciones legales. A tal efecto, el funcionario comisionado vendrá obligado a comunicar a los servicios competentes del Ayuntamiento de ..... los datos necesarios para efectuar los pagos que le correspondan. Igualmente, el Jefe de la Policía Local de..... deberá presentar en la Intervención municipal, informe mensual relativo a los servicios prestados, con especificación de las circunstancias a los efectos de proceder al pago oportuno.

**QUINTA.-** El presente Convenio habrá de ser comunicado a la Consejería competente de la Junta de Extremadura antes de su ejecución y con la debida antelación.

**SEXTA.-** Este Convenio quedará sin efecto una vez hay finalizado el motivo para el cual fue suscrito.

Y en prueba de conformidad, se firma el presente en triplicado ejemplar, en el lugar y fecha indicados en el encabezamiento.

## **FINALIZACIÓN CONVENIO PARA LA GESTIÓN DE CENTRO DE DÍA, SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES Y MODO DE GESTIÓN DEL SERVICIO**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, esta Oficialía emite el presente INFORME

### **ANTECEDENTES:**

Con fecha\_\_ de \_\_\_\_ de 2006 se suscribió convenio entre el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ para la gestión del Centro de Día propiedad de la Junta de Extremadura, cedido por éste al Ayuntamiento. El referido convenio se renovaba por periodos anuales a partir del 31 de diciembre de cada año. Con fecha \_\_\_\_\_ ha manifestado su voluntad de no prorrogar más el convenio y, por tanto, su extinción con fecha 31 de diciembre de 2019.

### **NORMATIVA APLICABLE**

- Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD legislativo 2/2000.

- Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001.

- Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

- 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.

- Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

- Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario en Extremadura.

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

1.Consideración previa: Nulidad del convenio.-El artículo 88.1 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), norma vigente en el momento de la firma del convenio entre el Ayuntamiento y \_\_\_\_\_, permitía que las Administraciones Públicas pudieran *celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de*

*derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule ...”*

Por su parte, el artículo 3.1 c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por RD legislativo 2/2000, y vigente en la fecha de la firma del mencionado convenio, **excluye de su ámbito de aplicación a “d) Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. Quedarán asimismo excluidos de la presente Ley los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.”**

La gestión de un centro de día de forma indirecta debe ser calificado como un contrato de gestión de servicios públicos según lo establecido en el artículo 154.1 del TRLCAP: *“Los contratos mediante los que las Administraciones públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio.”*

Como ha sostenido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en diversos informes, entre ellos el 57/03, de 30 de marzo de 2004, el legislador no ha querido que, por la vía del convenio de colaboración, puedan escaparse de la aplicación de la Ley de Contratos relaciones que pueden perfectamente articularse por la vía del contrato administrativo:

*“2. Para resolver la primera cuestión planteada es necesario partir del examen y alcance del artículo 3.1 c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas teniendo en cuenta los criterios que reiteradamente ha mantenido esta Junta con anterioridad y con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (informes de 4 de abril de 1989, 15 de abril de 1993, 18 de diciembre de 1996, 20 de enero de 1997, 12 de noviembre de 1999 y 13 de noviembre de 2001 (expedientes 6/89, 3/93, 68/96, 12/97, 42/99 y 33/01) en cuanto a la diferenciación entre los convenios a que se refiere el artículo 3.1. c) y aquellos a que se refiere el artículo 3.1.d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, en este punto, reproduce en esencia el contenido del artículo 4, apartados 2 y 7 de la Ley de Contratos del Estado. La doctrina de esta Junta, al respecto, se manifiesta en los siguientes términos: 3 «Los convenios recogidos actualmente en el artículo 3.1.c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas constituyen el modo normal de relacionarse las Administraciones Públicas, los Organismos autónomos y demás entidades públicas sujetas en su actividad contractual al régimen de dicha Ley, ya que al no poder precisarse cual de las partes actúa como órgano de contratación y cual como contratista, unido a la dificultad de aplicar a la Administración, organismo o ente que haya de considerarse que actúa como contratista preceptos concretos de la Ley (solvencia, clasificación, garantías, etc...) resulta obligado canalizar estas actuaciones por la vía del convenio de colaboración y no por la vía del contrato. Así resulta de los propios términos literales del artículo 3.1.c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, sin restricción*



*alguna, considera excluidos de su aplicación a los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos Organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellas entre sí. Presupuesto distinto es el del apartado d) del artículo 3.1 de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues ya no se trata de Administraciones, Organismos y Entes a los que no resultan aplicables, como contratistas, los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues una de las partes de la relación está constituida por empresas privadas o por Entes o empresas públicas sujetos al Derecho privado y que como tales pueden cumplir todos los requisitos que la Ley exige a los contratistas, sin que pueda cuestionarse que los Entes públicos y empresas públicas están comprendidos en la expresión personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado”, por ser esta sujeción la razón de que no se les considere aplicable el apartado c) sino el apartado d) del citado artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Pues bien, el apartado d) en contraposición con el apartado c) del artículo 3.1 contiene un requisito del mayor interés, en cuanto que admite los convenios de colaboración excluidos de la Ley con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que – añade - “su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. La razón de esta limitación ha de situarse en la idea que venimos reseñando consistente en que **el legislador no ha querido que, por la vía del convenio de colaboración «huyan» de la aplicación de la Ley relaciones que pueden perfectamente articularse por la vía del contrato administrativo.»***

**2. ADENDA DE NO PRORROGAR EL CONVENIO ENTRE AYUNTAMIENTO Y \_\_\_\_\_.**-Sin entrar a valorar las consecuencias jurídicas de la existencia de un convenio nulo al haberse “adjudicado” a \_\_\_\_\_ lo que en realidad es un contrato de gestión de servicios sin la obligatoria y preceptiva licitación pública bajo la pintura legal de convenio, lo cierto es que con fecha 31 de diciembre se pondrá fin a las obligaciones y derechos derivados de tal convenio.

Como quiera que \_\_\_\_\_ ha venido prestado ese servicio para el que ha requerido tanto la contratación de determinado personal según se acredita en la documentación aportada por el Ayuntamiento como de la utilización del inmueble y su equipamiento, dado que, y en tanto se procede a la adjudicación de este contrato a través del procedimiento que corresponda, será necesario que antes de firmarse por ambas partes la extinción del convenio se acredite por \_\_\_\_\_ lo siguiente:

- Que no existen deudas pendientes con la Tesorería de la Seguridad Social en concepto de cotizaciones o de otro orden.
- Que no existen deudas con los trabajadores afectos a la prestación del servicio.
- Que las instalaciones y su equipamiento se encuentran en estado de ser recibidas por el Ayuntamiento.
- Datos de los contratos del personal afecto a la prestación del servicio, con la aportación de los respectivos contratos y demás documentación laboral que afecte a los mismos.

Sobre los dos primeros extremos, téngase en cuenta que el Ayuntamiento, y hasta la adjudicación de este contrato a un tercero, deberá gestionar directamente el servicio y, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 44.1 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 (TRET), ***“1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.”*** Es por ello que deberá instarse por el Ayuntamiento tanto la aportación por \_\_\_\_\_ de un certificado de estar al corriente de pago con la Seguridad Social como con los trabajadores.

Por lo que se refiere a la recepción de las instalaciones y su equipamiento, debería procederse por los servicios técnicos municipales a la confección de un inventario en el que quede reflejado el contenido y estado tanto de las instalaciones como del equipamiento; uniéndose dicho inventario a la adenda de extinción del convenio.

### **3. SUCESIÓN DE EMPRESA. SUBROGACIÓN DE TRABAJADORES.-**

Como hemos visto, el artículo 44 del TRET, regula la *“sucesión de empresa”*, determinando en sus apartados 1 y 2 lo siguiente:

*“1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.”*

*3.1. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.”*

*Por su parte, el artículo 130.3 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP) dispone que en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.*

Dicho esto, contemplaremos dos posibles escenarios que pueden darse en la gestión de este servicio según que efectivamente se decida no prorrogar el convenio antes de que el Ayuntamiento haya procedido a adjudicar el contrato para su gestión directa o que por el contrario, se acuerde entre \_\_\_\_\_ y Ayuntamiento mantener la vigencia del Convenio hasta que el Ayuntamiento adjudique el contrato.

**3.1. Gestión directa temporal hasta nueva adjudicación.**-En nuestro caso, aunque sea de forma transitoria, la primera apreciación que debemos hacer en relación con el citado artículo 130 de la LCSP es que nos encontraríamos en el marco de lo que se ha venido llamando de forma impropia “remunicipalización”, es decir, la vuelta a la gestión directa por parte de la Administración de servicios que habían sido prestados hasta ese momento por terceros en virtud de un contrato administrativo (en nuestro caso, mediante un convenio). En estas circunstancias, es cuando despliega su eficacia el mencionado artículo 130.3 de la LCSP que obligaría al Ayuntamiento a subrogarse en el personal afecto al servicio de Centro de Día, pero únicamente en el supuesto de que lo disponga una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. Así se desprende de la utilización de la expresión condicional “si así lo establece”.

Según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que la Administración recupere la prestación de un servicio y tome la posición de empleador no supone la no aplicación ni de la Directiva 2001/23 ni del artículo 44 DEL TRET, pero tampoco la automaticidad de la subrogación de los trabajadores afectos al servicio.

Para saber si se produce el presupuesto objetivo del artículo 44 del TRET, es imprescindible el análisis del tipo de actividad que se va a prestar de forma directa por la Administración. Si la actividad descansa fundamentalmente en medios materiales y la Administración recupera los elementos esenciales o bienes indispensables para la prestación del servicio, se aplicarán las consecuencias jurídicas de la sucesión de empresas del artículo 44 del TRET. La “sucesión material” se producirá aunque la Administración recupere bienes que sean de su propiedad y haya cedido su uso de forma temporal a la empresa saliente (SSTS de 19 de septiembre de 2017 y STJUE de 26 de noviembre de 2014 (asunto C-509/2014, ADIF). En el supuesto de que la actividad que se recupera descansa fundamentalmente en la mano de obra, como sería el supuesto de la limpieza de edificios y similares, se producirá la sucesión solo si la Administración se subroga en una cantidad significativa de contratos de la anterior empresa (STJUE de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/09, CLECE)).

Sin embargo, la sucesión legal establecida en el artículo 130.3 de la LCSP no se reduce a la aplicación del artículo 44 del TRET. Es posible que una norma con rango de Ley pueda establecer la subrogación del personal. Así fue con la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, la cual estableció la subrogación del personal de ciertas unidades administrativas que se extinguían y sus trabajadores se incorporaban a un nuevo organismo como “personal a extinguir” .

La segunda situación que contempla el artículo 130.3 de la LCSP es que la sucesión venga establecida por un convenio colectivo. Es frecuente que los convenios colectivos sectoriales recojan en sus disposiciones cláusulas subrogatorias para que surtan efecto en el supuesto de que no se aprecien los requisitos objetivos y subjetivos del artículo 44 del TRET. Sin embargo, conforme a la doctrina consoli-

dada del Tribunal Supremo, la obligación subrogatoria *ex* convenio no puede ser impuesta a una Administración que no ha negociado dicho convenio (entre otras, SSTs de 19 de mayo de 2015 (rec. núm. 358/2014) y de 26 de julio de 2012 (rec. núm. 2627/2011)).

El tercer supuesto de subrogación que contempla el artículo 130.3 de la LCSP es a través de un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. Sin embargo, esta tercera vía plantea una serie de dudas :

- ¿a qué acuerdos hace referencia el precepto?
- ¿quiénes son los legitimados para suscribir estos pactos?

Una respuesta rápida sería que los acuerdos a los que se hace referencia son los pactos negociados en el marco de las Mesas Generales de Negociación del artículo 36 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), legitimadas para negociar todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública. Así, la profesora María de Sande Pérez-Bedmar, cuando se plantea y rastrea las posibles vías de subrogación del personal de la última empresa contratista en la Administración afirma, *que se ha planteado la posibilidad de que se firmen acuerdos en los que se puedan establecer obligaciones subrogatorias (citando la STS de 30 de abril de 2014). Con apoyo en tal posibilidad podría inferirse la existencia de una vía basada en que la Administración que prevea recuperar servicios pueda suscribir acuerdos en términos tales que delimiten la posición del personal afectado de manera que este quedara «afecto» a la prestación del servicio sin consolidar una plaza en el empleo público sino estando vinculado a ese servicio público*. El problema es que, dadas las limitaciones y restricciones presupuestarias actuales, es muy complicado defender que la Administración pueda llegar a un acuerdo de subrogación de este tipo.

Por último, cabría plantearse si este artículo 130.3 de la LCSP entra en contradicción con el artículo 308.2 de la propia LCSP, el cual, referido sólo al contrato de servicios, determina que *“a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista. No obstante debe afirmarse que ambos preceptos son compatibles. En primer lugar, el artículo 130.3 de LCSP reproduce, como hemos visto, las vías de subrogación del personal que ya establecen otras normas y que vinculan a la Administración. Y, en segundo lugar, el artículo 308.2 de la LCSP recoge una advertencia a los responsables de la Administración para evitar que se den los presupuestos de una cesión ilegal de trabajadores; especialmente, cuando el párrafo primero del mismo artículo establece que en ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores.*

En definitiva, parece que la LCSP ha venido a complicar un poco más el ya complejo panorama de la subrogación empresarial en los casos de vuelta a la gestión directa de los servicios por parte de la Administración.

**3.2. Adjudicación del contrato de concesión de servicios.**-Si el escenario fuese que Ayuntamiento y \_\_\_\_\_ decidiesen mantener la vigencia del Convenio hasta que produzca la adjudicación del contrato de concesión de servicios, estaríamos igualmente ante la aplicación del artículo 44.1 del TRET. Ahora bien, esa sucesión de empresa y la correspondiente subrogación de trabajadores no afectaría al Ayuntamiento, sino a la empresa que resulte adjudicataria del contrato de concesión de servicios.

A tales efectos, el propio artículo 130 de la LCSP regula la “Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”.

Así, en su apartado primero establece una obligación similar a la contenida en el apartado tercero, que ya hemos visto y analizado en el subepígrafe anterior cuando la Administración asume la gestión directa del servicio:

*“1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.*

*A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.”*

Por tanto, se producirá la obligación de subrogación tanto por aplicación del propio artículo 44 del TRET cuando se dé esa transmisión de empresa, así como cuando lo establezca un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

Pues bien, el artículo 27.1 del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad dispone lo siguiente:

*“1. Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo mediante cualquiera de las modalidades de contratación, las empresas y centros de trabajo cualquiera que sea su actividad, que en virtud de contratación pública, privada, por concurso, adjudicación o cualquier otro tipo de transmisión, sustituyan en la prestación de un servicio o actividad a una empresa o entidad que, bajo cualquier forma jurídica y tanto en régimen de relación laboral ordinaria o especial, estuviera incluida en el ámbito funcional*

*del Convenio, se subrogará obligatoriamente en los contratos de trabajo de los trabajadores que estuvieran adscritos a dicho servicio o actividad con una antigüedad mínima en el mismo de tres meses, en los términos que se detallan en este artículo.*

*La citada subrogación se producirá en la totalidad de derechos y obligaciones de los trabajadores y trabajadoras, garantizándose su continuidad en la prestación del servicio y será imperativa aun cuando ello implicara la transformación de un contrato formalizado al amparo de la relación laboral de carácter especial en centros especiales de empleo en un contrato y relación laboral ordinaria de personas con discapacidad o minusvalía.”*

Ante esta obligación de subrogación, y conforme establece el artículo 130.4 de la LCSP, “El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.”

Por otra parte, y redundando en lo que establece el propio TRET, el apartado sexto del artículo 130 de la LCSP, determina que *“sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos.”*

#### **4.SISTEMAS PARA LA GESTIÓN INDIRECTA DEL SERVICIO DE CENTRO DE DÍA.**

**4.1. Contrato de Concesión de Servicios.**-Ya hemos apuntado que uno de los sistemas para la gestión indirecta de este servicio es mediante un contrato de concesión de servicios, en el que la nota característica es que el contratista asume lo que se ha venido en llamar el “riesgo operacional”

El artículo 15 de la LCSP por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), define al contrato de concesión de servicios del siguiente modo:

*“1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.*

*2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.”*

A través tanto de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como, en el ámbito nacional, de Informes de los órganos consultivos, fundamentalmente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, y las Resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos, se ha venido configurando la diferenciación entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios (hoy, concesión de servicios). El resultado ha sido, por un lado, en la Directiva 2014/23/UE y por otro, en la LCSP, la configuración del contrato de concesión de servicios, en el que uno de los elementos diferenciadores fundamentales con respecto al contrato de servicios es la asunción por el contratista del llamado riesgo operacional.

La Directiva 2014/23/UE, de concesiones, en su artículo 5 establece que *“se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”*.

Por su parte, el artículo 15 de la LCSP, (contrato de concesión de obras) pero referido también al de concesión de servicios (ex artículo 15.2) establece lo siguiente

*“El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la **transferencia al concesionario de un riesgo operacional** en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.*

*Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.”*

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 135/2017 de 3 febrero 2017 afirmó:

*“Insistiendo en esta consideración, en la Resolución 141/2015, de 13 de febrero, tomando también como referencia informes sobre esta materia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, puntualizábamos que **la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios**. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio. Como, asimismo, se*

refleja en esta última Resolución, en relación con la asunción de riesgo por parte del prestador del servicio público, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (petición de decisión prejudicial; Asunto C-206/08 Eurawasser) en la que se concluía que «El hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios».

Parece patente así que el elemento al que es preciso acudir para determinar la naturaleza del contrato no puede ser solamente la mera materia sobre que versa, sino que hay algo más que diferencia a los contratos de servicios y las concesiones de servicios: la existencia de transmisión de riesgos al contratista. En el caso que ahora nos ocupa, el elemento central al que cabe acudir para determinar si puede haberse producido la transmisión del riesgo al contratista es la forma de retribución del mismo, **ya que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio.**”

**4.2. Contratos reservados.**-La Disposición Adicional Cuarta de la LCSP, en su apartado primero otorga a los órganos competentes de las distintas Administraciones (Estatad, Autonómica y Local) la facultad de reservar un porcentaje mínimo de sus licitaciones de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a Empresas de Inserción

“1. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.”

Esta reserva de contratos no constituye una novedad, ya que, aunque con menor rigor, también se encontraba recogida en la Disposición Adicional quinta del



derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RD legislativo 3/2011.

Se trata de , en todo caso, **fijar porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación** de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a **Centros Especiales de Empleo de iniciativa social** y a **Empresas de Inserción**, reguladas respectivamente, en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

Serán los propios órganos competentes del resto de Administraciones distintas de la Estatal los que deben decidir **qué porcentaje mínimo sobre las licitaciones del ejercido anterior realizan esta reserva**. Así por ejemplo, la Diputación Foral de Guipuzgua, por acuerdo del Consejo de Gobierno Foral, en su reunión de 15 de mayo de 2018 determinó establecer ese porcentaje mínimo en un 4%: *“El importe de los contratos reservados será, como mínimo, de un 4/% del importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, celebrados en el ejercicio anterior por la Diputación Foral de Gipuzkoa.”* Por tanto, y como decíamos, sea el órgano competente de cada Administración Autónoma o local quien adopte el acuerdo de establecer ese porcentaje mínimo de reserva

La Junta Consultiva de Aragón, en su Informe 19/2018, de 17 de julio, va aún más lejos y sostiene no sólo la libertad de los órganos de contratación de la Entidades Locales de reservar un porcentaje de esos tipos contratos a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a Empresas de Inserción; sino que, en base a lo dispuesto en el artículo 99,4 de la LCSP, considera que no es necesario un acuerdo específico y de carácter general para todas las contrataciones durante ese ejercicio presupuestario, sino que se puede realizar para cada procedimiento de adjudicación; siempre, eso sí, que se trate de alguno de los contratos a que hace referencia el ANEXO VI de la LCSP.

*Recordemos que ese artículo 99.4 de la LCSP, en el que se regula el objeto del contrato y su división en lotes, en su párrafo final determina lo siguiente: “Podrá reservar alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta. Igualmente se podrán reservar lotes a favor de las entidades a que se refiere la Disposición adicional cuarenta y octava, en las condiciones establecidas en la citada disposición”.*

Sin embargo nosotros no compartimos exactamente esa opinión de la Junta consultiva aragonesa en la misma forma que ella lo expresa, ya que, no obstante lo dispuesto en el citado artículo 99.4 de la LCSP, la Disposición Adicional Cuarta emplea el imperativo para referirse a esa obligación de reserva: **“se fijarán porcentajes mínimos de reserva”**. Por tanto, siendo que el párrafo tercero del apartado primero de la Disposición Adicional Cuarta de la LCSP se refiere exclusivamente al

Sector Público Estatal, y siendo que el párrafo primero obliga a establecer ese porcentaje mínimo, no es de aplicación supletoria en el ámbito local y cada Entidad Local fijará el que considere más conveniente. Ello no obsta para que, independientemente de esa obligación genérica, para cada contrato concreto y dentro de ese ámbito del ANEXO VI, pueda cada órgano de contratación, según la competencia determinada en la Disposición Adicional Segunda de la LCSP, reservar su licitación a Empresas de Inserción y los Centros Especiales de Empleo.

**4.3. Conciertos.**-El recorrido realizado por las Comunidades Autónomas españolas a lo largo de los años 2015, 2016 y 2017 para la modificación de sus normas de Servicios Sociales con el fin de dotarse de una nueva fórmula para gestionar los servicios a las personas, estuvo plenamente fundamentado en las directivas europeas de contratación pública (2014/24/UE, de Contratos) y ahora se ha visto completada con la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP) en la que en su Disposición adicional cuadragésima novena les otorga competencia para legislar sobre la prestación de servicios de carácter social que sean de su competencia bajo fórmulas no contractuales:

*“Lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social.”*

La Directiva hace una declaración formal de que tales servicios puedan prestarse bajo fórmulas no contractuales (considerando 114 in fine):

*“Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los **servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos**, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, **siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.**”*

Los esfuerzos de las distintas Comunidades Autónomas se han dirigido hacia fórmulas no contractuales a las que apunta el considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE. Es a partir de la publicación de las nuevas directivas cuando irrumpe un importante movimiento legislativo autonómico orientado a definir la acción concertada como un negocio excluido de la normativa de contratación pública. Algunas Comunidades Autónomas, como la de Aragón, con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, mediante el Decreto Ley 181/2017. Otras, como Extremadura (ley 13/2018) o el Principado de Asturias (Ley 3/2019), ya bajo el paraguas habilitante de la mencionada Disposición Adicional 49ª arriba citada.

En un principio se plantearon situaciones confusas como la experimentada en la Comunidad Valenciana, en la que la Alianza de la Sanidad Privada Española presentó ante el Defensor del Pueblo la solicitud de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 7/2017 sobre la acción concertada para la prestación de servicios a las

personas, por excluir a las entidades con ánimo de lucro de los conciertos; o la situación de la Comunidad de Cataluña, donde un determinado partido político acusó a la Consejería de Salud de querer cambiar el modelo del Sistema Sanitario para favorecer la entrada de entidades privadas en la red pública de centros sanitarios.

Por su parte, el artículo 12.6 de la LCSP expulsa de su ámbito de aplicación a los servicios sociales que se presten de una determinada forma, y en la que parece tener cabida aquellos que se presten precisamente mediante concierto:

*“6. Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.”*

Por tanto, tiene amparo legal nacional la prestación de servicios sociales mediante concierto, siempre que la titular de la competencia, las Comunidades Autónomas, hayan regulado esta opción mediante la norma correspondiente.

Así lo han venido haciendo las distintas Comunidades Autónomas, entre las que podemos mencionar las siguientes:

- Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario en Extremadura.

- Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales en Andalucía.

- Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, Aragón.

- Ley del Principado de Asturias 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social.

- Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia.

- Decreto 48/2017 de 27 de octubre, por el que se establecen los principios generales a los que se han de someter los conciertos sociales, Islas Baleares.

- Decreto 10/2018, de 14 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico de los conciertos sociales en la Región de Murcia en los servicios sociales especializados en los sectores de personas mayores y personas con discapacidad.

- Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales.

- Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social.

En principio, este concreto servicio de Centro de Día puede ser objeto de concierto por cuanto se trata de uno de los que conforme a los artículos 2 y 4 de la mencionada Ley 13/2018, puede ser susceptible de concertación; siempre que el mismo se lleve a cabo con una entidad sin ánimo de lucro que cumpla los requisitos tanto subjetivos como de inscripción en el correspondiente Registro que regula la mencionada Ley autonómica.

Ahora bien, no hay que olvidar que el artículo 1 de esta norma exige que la utilización de esta modalidad de gestión indirecta sólo se puede utilizar **cuando los recursos públicos no resulten suficientes o idóneos para garantizar la cartera de servicios públicos**. Por tanto, entendemos que deberá realizarse con carácter previo el correspondiente estudio económico en el que quede acreditado que tanto la gestión directa por el propio Ayuntamiento como la indirecta mediante contrato de servicios o de concesión de servicios, no es viable económicamente; estudio que deberá quedar incorporado al expediente de concierto. Todo ello, dentro de la exigencia del artículo 10 de la Ley 13/2018 sobre la elaboración previa de estudios o memorias en los que habrán de acreditarse, al menos, los siguientes aspectos:

a) La carencia de recursos personales y materiales propios para la gestión directa de las prestaciones objeto de concertación.

b) Que la naturaleza de la actuación admite su sometimiento al régimen de concertación por tratarse de actuaciones en las que el arraigo de la persona a su entorno, la vinculación terapéutica u otros criterios de necesidad asistencial o atención justifican su provisión a través de este régimen.

c) La conveniencia de acudir al régimen de concertación para la prestación del servicio.

d) El desglose de los costes que se han tenido en cuenta para fijar el precio o tarifa a aplicar a la concertación y los criterios o parámetros que se consideran idóneos teniendo en cuenta las características del servicio para establecer los parámetros de actualización de precios.

Si bien es cierto que el artículo 5 de la Ley 13/2018 exige a las entidades sin ánimo de lucro *“Figurar inscritas en el registro que las habilite como prestadoras de los servicios objeto de concertación antes de la formalización del concierto”*, del contenido del artículo 17 de la misma parece deducirse que este Registro no es único y que radique en la Consejería correspondiente de la Junta de Extremadura, ya que en su apartado primero este artículo 17 establece que **“Las Administraciones públicas** en el ejercicio de sus competencias y, en el caso de la Junta de Extremadura, en el ámbito de cada consejería, **podrán crear registros de entidades prestadoras de servicios concertados en función del ámbito material de actuación en los que será necesaria la inscripción para poder concertar servicios**. *Se podrán establecer mecanismos de coordinación entre los distintos*

*registros para facilitar el intercambio de información e, inclusive crear un registro único en la consejería con competencias en materia de contratación centralizada a efectos informativos, al que deberán suministrar información desde el resto de registros para garantizar la centralización de la información en materia de concertación.”* Lo que nos daría pie a pensar que desde la entrada en vigor de esta norma autonómica cada Ayuntamiento que decida prestar los servicios sociales regulados en la Ley 13/2018 podrá crear este Registro y así poder iniciar el procediendo para la concertación de los mismos.

Ahora bien, el párrafo segundo de este artículo 17 condiciona la creación de dichos Registros a un desarrollo reglamentario de la norma al establecer que *“La estructura, contenido y organización de los registros se establecerán en la normativa que resulte de aplicación, debiendo garantizarse, en todo caso, la actualización permanente de los datos obrantes en los mismos.”* Sin que nos aclare más sobre a qué normativa de aplicación se refiere; pareciéndose deducir, como decíamos, que será el esperado Reglamento de desarrollo de la Ley 13/2018 el que establezca esta estructura, contenido y organización de tales registros. Deducción que queda perfectamente justificada cuando su artículo 5.2 establece que *“El procedimiento de autorización o acreditación de las entidades prestadoras del servicio se establecerá reglamentariamente.”*

Sin embargo, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 13/2018 posibilita la exención del requisito de acreditación en supuestos excepcionales; es decir, el de inscripción en este Registro de entidades susceptibles de prestar estos servicios mediante concierto. Ahora bien, la dispensa de este obligado requisito la condiciona a razones de interés público encaminadas a garantizar la continuidad de los servicios; continuidad, por tanto, que debe referirse a servicios ya creados y que se vinieran prestando bajo otras fórmulas, bien gestión directa o bien gestión indirecta mediante contrato de servicios o de gestión de servicios. Ahora bien, al margen del carácter de concepto jurídico indeterminado que tiene la expresión *“interés público”*, por cuanto toda actuación de una Administración pública ejercida en el ámbito de sus competencias tiene ese carácter de interés público, lo cierto es que no podemos considerar como justificativa de esta excepcionalidad ni la imprevisión de la entidad titular de la competencia a la hora de gestionar el servicio de manera continuada mediante la tramitación del correspondiente expediente contractual en los términos establecidos en la LCSP ni la tardanza en el desarrollo reglamentario de la norma autonómica a la que condiciona la propia Ley para la prestación de estos servicios mediante concierto.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.**-El legislador no ha querido que por la vía del convenio de colaboración «huyan» de la aplicación de la Ley relaciones que pueden perfectamente articularse por la vía del contrato administrativo.

**SEGUNDA.**-A la firma de la adenda de extinción del convenio, \_\_\_\_\_ deberá acreditar lo siguiente:

- Que no existen deudas pendientes con la Tesorería de la Seguridad Social en concepto de cotizaciones o de otro orden.

- Que no existen deudas con los trabajadores afectos a la prestación del servicio.

- Que las instalaciones y su equipamiento se encuentran en estado de ser recibidas por el Ayuntamiento.

**TERCERA.**-Si temporalmente, desde la extinción del convenio hasta la adjudicación del contrato para la gestión del Centro de Día, el Ayuntamiento, a fin de no suspender la prestación del servicio, decide gestionarlo directamente, conforme al artículo 130.3 de la LCSP vendrá obligado a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

**CUARTA.**-Si, por el contrario, se acuerda demorar la extinción del convenio hasta que el Ayuntamiento adjudique el contrato para la gestión del Centro de Día, por aplicación tanto del artículo 44 del TRET como del artículo 27.1 del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad dispone lo siguiente, la empresa adjudicataria se subrogará obligatoriamente en los contratos de trabajo de los trabajadores que estuvieran adscritos a dicho servicio o actividad con una antigüedad mínima en el mismo de tres meses.

**QUINTA.**-Los medios para llevar a cabo la gestión directa de este servicio de Centro de día, como ya hemos visto, pueden ser los siguientes:

- Contrato de concesión de servicios
- Contrato reservado
- Concierto

Este es el informe de la Oficialía Mayor de la Diputación de Badajoz en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para con lo solicitado por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

## **PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DEL REGLAMENTO REGULADOR DE LA POLICÍA LOCAL. CUESTIONES RELATIVAS AL RÉGIMEN RETRIBUTIVO**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente,

### **ANTECEDENTES**

Con fecha \_\_ de \_\_\_\_ de 2019, el Alcalde del la localidad de Arroyo de San Serván presenta solicitud de asistencia jurídica (R.E. 92.\_\_\_\_) en relación a los acuerdos a adoptar para la aprobación del Reglamento regulador del cuerpo de la policía local, así como normativa aplicable y valoración, de horas extraordinarias, nocturnas, festivas y de fin de semana. Solicita así mismo una propuesta de cuantificación del complemento específico.

### **LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura.

- La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

- 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.

- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas LPAC.

- Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el Régimen de las retribuciones de los funcionarios de administración local.

- RDLeg 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local.

- Decreto 218/2009, de 9 de octubre, por el que se aprueban las Normas-Marco de los Policías Locales de Extremadura (NMPLEX).

- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

- Ley 13/2015, de 8 de abril de Función Pública de Extremadura.

- Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

## FONDO DEL ASUNTO

### ***I. SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DEL REGLAMENTO REGULADOR DEL CUERPO DE LA POLICÍA LOCAL.***

El artículo 4 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, atribuye a los municipios potestad reglamentaria y de autoorganización. En el mismo sentido el artículo 4.1.a) de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, incluye entre las potestades de las corporaciones locales, la potestad reglamentaria, manifestación de la cual son las ordenanzas, reglamentos y Bandos Municipales.

En lo que respecta a los Reglamento de los Cuerpos o plantillas de Policía Local, la disposición transitoria tercera de la Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías locales de Extremadura, determina que “ en el plazo que se establezca en las Normas-Marco de Coordinación de Policías Locales de Extremadura, los ayuntamientos que cuenten con Reglamento de Policía Local procederán a adaptarlos a lo establecido en la presente ley y en dichas normas-marco. Igual plazo regirá para la aprobación de dichos reglamentos en aquellos ayuntamientos que no contasen con los mismos.” Existe por tanto *un mandato imperativo de que se proceda a la aprobación de los referidos reglamentos*, para cuya elaboración y aprobación habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 7/1985, que pese a aludir únicamente a las «ordenanzas locales», hemos de considerarlo igualmente aplicable al ámbito de la aprobación de los reglamentos a falta de una disposición expresa en torno al particular.

“1. Aprobación inicial por el Pleno.

2. Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.

3. Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo y aprobación definitiva por el Pleno.

En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional».

Del tenor literal del mismo se infiere que varias son pues, las fases en que ha de estructurarse el procedimiento a seguir para la aprobación de reglamentos por una Entidad Local, a saber:

**Preparación.** La orden de que se inicie el procedimiento de redacción del reglamento partirá del Presidente de la corporación o de los órganos colegiados o unipersonales de la misma (estos últimos por delegación). En el Decreto o Provisión de incoación del expediente, deberá justificarse la necesidad de la disposición a aprobar, cuyos argumentos podrán formar parte del preámbulo de la misma así como de la parte expositiva del acuerdo de aprobación, de modo que sirva de



motivación del mismo. El borrador de la norma se someterá a dictamen de la Comisión informativa, si existiere, como paso previo y preceptivo a su sometimiento al Pleno de la Corporación.

**Aprobación inicial.** Le corresponde al Pleno de la Corporación. El reglamento orgánico y las ordenanzas urbanísticas, en sus respectivos ámbitos procedimentales, requieren para su aprobación mayoría absoluta del número Legal de miembros de la Corporación (artículo 47.2, letras «f» y «ll»). Para las demás ordenanzas y reglamentos basta con la mayoría simple. El Pleno no puede delegar esta facultad ni en la Junta de Gobierno Local ni en el Presidente (artículo 22.4 de la LBRL).

**Información Pública y Audiencia de los interesados.** Las ordenanzas deberán exponerse al público por un plazo mínimo de 30 días, mediante anuncios en el correspondiente Boletín Oficial de la Provincia y tablón de edictos de la Corporación y demás lugares de costumbre, a efectos de estudio y presentación de reclamaciones y sugerencias.

En cuanto al trámite de audiencia regulado en el procedimiento para la elaboración de los reglamentos de la LPAC, en su Título VI, consideramos que es más completa, y por tanto más garantista, que la establecida en la LBRL, por lo que entendemos que resulta de aplicación. Además, también es formalmente mucho más moderna (indica que la difusión del borrador de norma se hace a través de la web institucional, que en nuestra opinión sería más bien el *Portal de transparencia*). En efecto, sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados – Cuerpo de la Policía Local- y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto. La consulta, audiencia e información públicas deberán realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia.

**Aprobación definitiva.** Tras el estudio y resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas, el Pleno (por mayoría simple, salvo si se trata del Reglamento Orgánico, de Ordenanzas Fiscales y Urbanísticas que requiere mayoría absoluta) procederá a la aprobación definitiva. En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional.

Publicación del instrumento normativo de referencia en El Boletín Oficial de la Provincia y posterior entrada en vigor del mismo una vez haya transcurrido el plazo

de los 15 días hábiles siguientes a la recepción de la comunicación del acuerdo por las Administraciones Estatal y Autonómica.

## ***II. SOBRE LA NORMATIVA APLICABLE Y VALORACIÓN, DE HORAS EXTRAORDINARIAS, NOCTURNAS, FESTIVAS Y DE FIN DE SEMANA.***

### **Régimen Estatutario.**

El artículo 32 de la **Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías locales de Extremadura**, regula el régimen estatutario del personal funcionario de las Policías Locales de Extremadura, estableciendo que “ será el establecido en la presente ley y sus normas de desarrollo, en la legislación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en la legislación de Régimen Local y en la legislación de esta Comunidad Autónoma y básica del Estado sobre Función Pública”.

### **Jornada y horario.**

El artículo 94 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local determina establece que la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

Hay que estar por tanto a lo dispuesto en la normativa estatal. Así la **Ley 6/2018, de 4 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (LPGE/18)** establece en su Disposición Adicional centésima cuadragésima cuarta:

«Uno. A partir de la entrada en vigor de esta Ley, la jornada de trabajo general en el sector público se computará en cuantía anual y supondrá un promedio semanal de **treinta y siete horas y media**, sin perjuicio de las jornadas especiales existentes o que, en su caso, se establezcan.

No obstante lo anterior, cada Administración Pública podrá establecer en sus **calendarios laborales**, previa negociación colectiva, otras jornadas ordinarias de trabajo distintas de la establecida con carácter general, o un reparto anual de la jornada en atención a las particularidades de cada función, tarea y ámbito sectorial, atendiendo en especial al tipo de jornada o a las jornadas a turnos, nocturnas o especialmente penosas, siempre y cuando en el ejercicio presupuestario anterior se hubieran cumplido los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública y la regla de gasto...».

El **Decreto 218/2009, de 9 de octubre, por el que se aprueban las Normas-Marco de los Policías Locales de Extremadura**, contiene referencias expresas a la jornada y horario de los miembros de la policía local:

### ***Artículo 22 De la jornada de trabajo***

1. La jornada de trabajo de los miembros de la Policía Local, en cómputo anual, será la misma que se señale para el resto de los funcionarios del respectivo Ayuntamiento.

2. Dicha jornada podrá ser ampliada por necesidades del servicio, con la correspondiente retribución en la forma establecida en la legislación vigente en materia de función pública, así como en los acuerdos que, conforme a ésta, pudieran existir en el ámbito municipal.

### ***Artículo 23 Del horario de prestación del servicio***

1. El horario de prestación del servicio será fijado por el Ayuntamiento, a través de los procedimientos de definición de las condiciones de trabajo del personal funcionario, estableciéndose los turnos que sean precisos, atendiendo a las disponibilidades de personal y los servicios a realizar.

2. En los casos de emergencia y, en general, en aquellos en que una situación excepcional lo requiera, todo el personal estará obligado a la prestación de servicio permanente hasta que cesen los motivos de emergencia o necesidad.

3. Cuando se den las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior, los Policías Locales serán compensados en la forma establecida por la legislación vigente, así como en los acuerdos que, conforme a ésta, pudieran existir en el ámbito municipal.

## **CONCLUSIÓN**

***La jornada laboral de la policía local está fijada en treinta y siete horas y media semanales, teniendo competencia el Ayuntamiento para establecer los correspondientes horarios de trabajo de mañana, tarde e incluso nocturnos.***

Con carácter previo y dado que el artículo 37.1.m) del TRLEBEP establece que serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos, debe seguir el procedimiento negociador establecido en los artículos 31 a 38 del TRLEBEP.

### **Régimen retributivo.**

Los artículos 84 y sss del Decreto 218/2009, de 9 de octubre, por el que se aprueban las Normas-Marco de los Policías Locales de Extremadura (NMPLEX), remiten a la legislación básica de función pública lo referente a las **retribuciones básicas**, determinan el **complemento de destino** en función del nivel asignado al puesto estableciendo una escala en función de la categoría (Superintendente: 28 al 30, Intendente: 26 al 28, Inspector: 24 al 26, Subinspector: 22 al 24, Oficial: 20 al 22, Agente: 18 al 20) y establecen en su artículo 86 las circunstancias a considerar a la hora de cuantificar, mediante las correspondientes relaciones de puestos de trabajo y siempre dentro de los niveles que correspondan, el **complemento específico**: dedica-

ción profesional, responsabilidad, peligrosidad, penosidad, nocturnidad, turnicidad, festividad e incompatibilidades a que hacen referencia los apartados 4 y 6 del artículo 5.º y 4 y 7 del artículo 6.º de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como la especial dificultad técnica y formación” .

El artículo 4.1 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el Régimen de las retribuciones de los funcionarios de administración local, establece:

***Artículo 4.º Complemento específico.***

1. El complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo, aunque al fijarlo podrán tomarse en consideración conjuntamente dos o más de las condiciones particulares mencionadas que puedan concurrir en un puesto de trabajo.

2. El establecimiento o modificación del complemento específico exigirá, con carácter previo, que por la Corporación se efectúe una valoración del puesto de trabajo atendiendo a las circunstancias expresadas en el número 1 de este artículo.

3. Efectuada la valoración, el Pleno de la Corporación, al aprobar la relación de puestos de trabajo, determinará aquéllos a los que corresponde un complemento específico, señalando su respectiva cuantía.

4. La cantidad global destinada a la asignación de complementos específicos figurará en el presupuesto y no podrá exceder del límite máximo expresado en el artículo 7.2, a), de esta norma. El complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad.

## **CONCLUSIÓN**

Las retribuciones del personal de la policía local estarán determinadas por los complementos de destino, en función del nivel, y del complemento específico cuyo importe y traducción en euros, deberá ser fijado atendiendo a las funciones y condiciones en que se preste el trabajo. Las condiciones de turnicidad, nocturnidad, festivos... serán las que determinarán la cuantía de este complemento específico, que debe tener forzosamente su reflejo en la relación de puestos de trabajo de la Corporación.

***Horas extraordinarias.***

Partimos de la premisa de que no resulta posible el abono de horas extraordinarias al personal funcionario, dado que es un concepto ajeno al régimen retributivo

del personal funcionario de las corporaciones locales. Así el artículo 6 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de retribuciones de los Funcionarios de Administración Local, regula el concepto de gratificación como forma de retribuir los trabajos realizados fuera de la jornada laboral, correspondiendo al Pleno la determinación de su cuantía global y al Alcalde su individualización. Téngase en cuenta que bajo ningún concepto podrán ser periódicas en su devengo ni fijas en su cuantía.

***Artículo 6.º Gratificaciones.***

1. Corresponde al Pleno de la Corporación determinar en el presupuesto la cantidad global destinada a la asignación de gratificaciones a los funcionarios dentro de los límites máximos señalados en el artículo 7.2, c), de este Real Decreto.

2. Corresponde al Alcalde o Presidente de la Corporación la asignación individual, con sujeción a los criterios que, en su caso, haya establecido el Pleno, sin perjuicio de las delegaciones que pueda conferir conforme a lo establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril.

3. Las gratificaciones, que en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo, habrán de responder a servicios extraordinarios realizados fuera de la jornada normal de trabajo.

En el mismo sentido el TREBEP aprobado por RDLeg. 5/2015, de 30 de octubre, cuyo artículo 24 d) posibilita la compensación por servicios prestados fuera de la jornada normal de trabajo. Es obvio decir que cualquier compensación estará condicionada por la necesaria prestación de la jornada normal, sin que proceda el abono de cuantía alguna sin el previo cumplimiento de la misma.

En este sentido hay que tener en cuenta el Artículo 7. del RD 861/1986 que fija los límites a la cuantía global de los complementos específicos, de productividad y gratificaciones:

“1. Los créditos destinados a complemento específico, complemento de productividad, gratificaciones y, en su caso, complementos personales transitorios, serán los que resulten de restar a la masa retributiva global presupuestada para cada ejercicio económico, excluida la referida al personal laboral, la suma de las cantidades que al personal funcionario le correspondan por los conceptos de retribuciones básicas, ayuda familiar y complemento de destino.

2. La cantidad que resulte, con arreglo a lo dispuesto en el número anterior, se destinará:

a) Hasta un máximo del 75 por 100 para complemento específico, en cualquiera de sus modalidades, incluyendo el de penosidad o peligrosidad para la Policía Municipal y Servicio de Extinción de Incendios.

b) Hasta un máximo del 30 por 100 para complemento de productividad.

c) Hasta un máximo del 10 por 100 para gratificaciones.

## CONCLUSIÓN

Será posible retribuir, con carácter excepcional, la realización de jornada de trabajo realizada fuera de la habitual (gratificaciones) con las limitaciones presupuestarias mencionadas y previa negociación en su ámbito respectivo, sin perjuicio de que en el marco de la negociación pueda establecerse su compensación con jornadas de descanso (STS 13 octubre 2009, STS 21 marzo de 2011).

A efectos meramente ilustrativos se anexa a este Informe tabla comparativa de complementos con otras nóminas de la policía local de Ayuntamientos similares por población de sus municipios.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

### COMPARATIVA DE COMPLEMENTOS CON OTRAS NÓMINAS DE LA POLICÍA LOCAL DE AYUNTAMIENTOS SIMILARES POR POBLACIÓN DE SUS MUNICIPIOS.

Del estudio de la comparativa se desprende que los complementos específicos y de destino de la Policía Local de \_\_\_\_\_ resultan inferiores al de los ayuntamientos comparados. A saber.

<b>Cuantía CD 19:</b>	<b>419,02 •</b>
<b>Cuantía CE:</b>	<b>216,28 •</b>
Cuantía CE Municipio A:	459,27 •
Cuantía CD 22 Municipio A:	541,12 •
Cuantía CE Municipio B:	498,41 •
Cuantía CD 22 Municipio B:	541,12 •
Cuantía CE Municipio C:	360,04 •
Cuantía CD Municipio C:	419,02 •
<b>Media CD: municipios ABC:</b>	<b>500,42 •</b>
<b>Media CE municipios ABC:</b>	<b>439,24 •</b>

# **POSIBILIDAD DE RETRIBUIR AL SECRETARIO DEL AYUNTAMIENTO POR LA REALIZACIÓN DE TRABAJOS EXTRAORDINARIOS.**

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

Con fecha \_\_ de \_\_\_\_ de 2019 tiene entrada en el Registro de la Excma. Diputación Provincial de Badajoz (R.E. \_\_\_\_), petición de la Alcaldesa de la localidad de \_\_\_\_\_ en la que solicita informe jurídico sobre “la mejor forma de retribuir o compensar conforme a ley los trabajos de tipo extraordinario que el secretario general viene desempeñando de forma ininterrumpida desde hace tiempo, incluyendo período vacacional y además fuera del horario, por las tardes”.

## **NORMATIVA APLICABLE**

- Constitución Española (art. 23).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- R.D. 2568/1986, de 28 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización, funcionamiento y Régimen jurídico de las Entidades locales.
- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).
- Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública.
- 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.
- Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.
- RD 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de retribuciones de los funcionarios de Administración Local.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

De conformidad con lo previsto en el RD 861/1996, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de retribuciones de los funcionarios de la Administración Local (art. 1), y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) y en el artículo 153 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el

Texto Refundido de las disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), los funcionarios de la Administración Local sólo podrán ser remunerados por los conceptos retributivos establecidos en el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

• **Artículo veintitrés. Conceptos retributivos.** Las retribuciones de los funcionarios son básicas y complementarias.

2. Son retribuciones básicas:

a) El sueldo, que corresponde al índice de proporcionalidad asignado a cada uno de los grupos en que se organizan los Cuerpos y Escalas, Clases o Categorías.

b) Los trienios, consistentes en una cantidad igual para cada grupo, por cada tres años de servicio en el Cuerpo o Escala, Clase o Categoría.

En el caso de que un funcionario preste sus servicios sucesivamente en diferentes Cuerpos, Escalas, Clases o Categorías de distinto grupo de clasificación, tendrá derecho a seguir percibiendo los trienios devengados en los grupos anteriores.

Cuando un funcionario cambie de adscripción a grupo antes de completar un trienio, la fracción de tiempo transcurrido se considerará como tiempo de servicios prestados en el nuevo grupo.

c) Las pagas extraordinarias, que serán de dos al año por un importe mínimo cada una de ellas de una mensualidad del sueldo y trienios, se devengarán los meses de junio y diciembre.

3. Son retribuciones complementarias:

a) El complemento de destino correspondiente al nivel del puesto que se desempeñe.

b) El complemento específico destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo.

c) El complemento de productividad destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo.

Su cuantía global no podrá exceder de un porcentaje sobre los costes totales de personal de cada programa y de cada órgano que se determinará en la Ley de Presupuestos. El responsable de la gestión de cada programa de gasto, dentro de las correspondientes dotaciones presupuestarias determinará, de acuerdo con la normativa establecida en la Ley de Presupuestos, la cuantía individual que corresponda, en su caso, a cada funcionario.

En todo caso, las cantidades que perciba cada funcionario por este concepto serán de conocimiento público de los demás funcionarios del Departamento u Organismo interesado así como de los representantes sindicales.



d) Las gratificaciones por servicios extraordinarios, fuera de la jornada normal, que en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo.

Por su parte, el artículo 93 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) dispone:

«1. Las retribuciones básicas de los Funcionarios locales tendrán la misma estructura e idéntica cuantía que las establecidas con carácter general para toda la función pública.

2. Las retribuciones complementarias se atenderán, asimismo, a la estructura y criterios de valoración objetiva de las del resto de los funcionarios públicos. Su cuantía global será fijada por el Pleno de la Corporación dentro de los límites máximos y mínimos que se señalen por el Estado.

3. Las Corporaciones locales reflejarán anualmente en sus presupuestos la cuantía de las retribuciones de sus funcionarios en los términos previstos en la Legislación básica sobre función pública».

A la vista de los conceptos retributivos definidos en el art. 23 de la Ley 30/84, evidenciamos que es el complemento específico el concepto retributivo destinado a remunerar las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad ( artículo 4 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el Régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración Local).

El Tribunal Supremo en sentencia de 22 de diciembre de 1994, especifica las características fundamentales del complemento específico:

- La concreción: Se fija atendiendo precisamente a las características de «un» puesto.

- La objetividad: Se atiende a las condiciones particulares de ese puesto de trabajo y no a los Cuerpos o Escalas de los funcionarios que las desempeñan.

Las funciones de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional vienen definidas en el RD. núm.. 128/2018, de 16 de marzo que reserva a estos funcionarios las funciones de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo; y las funciones de Intervención-Tesorería, comprensiva del control y la fiscalización interna de la gestión económica financiera y presupuestaria, la contabilidad, tesorería y recaudación, teniendo atribuida sus titulares la dirección de los servicios encargados de su realización. (art. 2). Los artículos 3, 4 y 5 del RD 128/2018 pormenorizan el contenido y alcance de las funciones.

En las Entidades Locales cuya Secretaría esté clasificada en tercera clase, las funciones propias de la Intervención formarán parte del contenido del puesto de Secretaría, salvo que los municipios se agrupen para mantener en común el puesto de intervención. Referir además que el citado Real Decreto 128/2018 (art. 6) posi-

bilita la asignación a estos puestos de trabajo de habilitados de carácter nacional, funciones distintas o complementarias y de los distintos puestos de la Entidad local compatibles con las funciones propias del puesto y adecuadas a su grupo y categoría profesional, la cual se llevará a cabo por el Presidente de la Entidad local dando cuenta al Pleno y dejando constancia en la correspondiente relación de puestos de trabajo o instrumento organizativo similar.

En el escrito de consulta remitido no se especifican qué tipo de funciones viene desempeñando el Secretario, si bien deja constancia de que tienen la consideración de “trabajo cotidiano”, y que se vienen desempeñando **“de forma ininterrumpida desde hace tiempo”**. El hecho de que se vengan prestando con carácter cotidiano y con carácter permanente pudiera ser indicativo de que son funciones inherentes al puesto, si bien se vienen realizando fuera de la jornada de mañana. Lo contrario supondría que el Secretario viene realizando funciones ajenas a su puesto de trabajo con carácter permanente, cuestión que entendemos sería necesario regularizar asignándolas a otro puesto, máxime si, como se refiere en el escrito remitido, afectan incluso al período vacacional del funcionario.

Lo que no parece acertado, dado que ambos conceptos retributivos se refieren a situaciones coyunturales y no permanentes, es considerar la opción de retribuir estas funciones vía gratificación o productividad.

**La gratificación** responde a servicios extraordinarios fuera de la jornada. La posibilidad de compensar económicamente los excesos de jornada, ya sean diurnos, nocturnos o en días festivos, viene contemplada en el artículo 24 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TRLEBEP), que señala que:

«La cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores:... d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo»

Concuerda este precepto con el artículo 23.3.d) de la LRFP que prevé que:

«son retribuciones complementarias... las gratificaciones por servicios extraordinarios, fuera de la jornada normal, que en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo».

Las gratificaciones por servicios extraordinarios realizados fuera de la jornada normal, están previstas en el artículo 6 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración Local. Se trata, por tanto, de un concepto retributivo de carácter indemnizatorio, cuya finalidad es exclusivamente compensar a los funcionarios cuando realicen, por causas extraordinarias, funciones o tareas fuera de su horario ordinario de trabajo.

#### **Artículo 6.º Gratificaciones.**

1. Corresponde al Pleno de la Corporación determinar en el presupuesto la cantidad global destinada a la asignación de gratificaciones a los funcionarios dentro de los límites máximos señalados en el artículo 7.2, c), de este Real Decreto.

2. Corresponde al Alcalde o Presidente de la Corporación la asignación individual, con sujeción a los criterios que, en su caso, haya establecido el Pleno, sin perjuicio de las delegaciones que pueda conferir conforme a lo establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril.

3. Las gratificaciones, que en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo, habrán de responder a servicios extraordinarios realizados fuera de la jornada normal de trabajo.

Asimismo, **el complemento de productividad** tiene una naturaleza subjetiva y compensatoria y retribuye una actividad extraordinaria o el especial interés o rendimiento del trabajador, sin que pueda percibirse de forma periódica o continuada en el tiempo. Por ello, la asignación de complemento de productividad en una determinada nómina, debe ser objeto de una concreta y determinada resolución administrativa motivada, en relación con la aprobación de aquella y su correspondiente orden de pago.

Real Decreto 861/1996, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de retribuciones de los funcionarios de Administración Local.

#### **Artículo 5.º Complemento de productividad.**

1. El complemento de productividad está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo.

2. La apreciación de la productividad deberá realizarse en función de circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y objetivos asignados al mismo.

3. En ningún caso las cuantías asignadas por complemento de productividad durante un período de tiempo originarán ningún tipo de derecho individual respecto a las valoraciones o apreciaciones correspondientes a períodos sucesivos.

4. Las cantidades que perciba cada funcionario por este concepto serán de conocimiento público, tanto de los demás funcionarios de la Corporación como de los representantes sindicales.

5. Corresponde al Pleno de cada Corporación determinar en el presupuesto la cantidad global destinada a la asignación de complemento de productividad a los funcionarios dentro de los límites máximos señalados en el artículo 7.2, b), de esta norma.

6. Corresponde al Alcalde o al Presidente de la Corporación la distribución de dicha cuantía entre los diferentes programas o áreas y la asignación individual del complemento de productividad, con sujeción a los criterios que en su caso haya establecido el Pleno, sin perjuicio de las delegaciones que pueda conferir conforme a lo establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril.

Dado que la naturaleza de las funciones desempeñadas parecen tener carácter estructural, según refiere el escrito de consulta, lo procedente es retribuir las mismas mediante el correspondiente **complemento específico** (especial dedicación), el cual tiene la virtualidad, de retribuir el especial rendimiento y dedicación de aquellos funcionarios que, ocupando puestos de responsabilidad, cumplen con los objetivos asignados a sus puestos de trabajo con un mayor esfuerzo, actividad extraordinaria, responsabilidad, interés o iniciativa, que se evidencia, entre otras circunstancias, con una mayor dedicación horaria, de ahí que el complemento específico que incluye el subconcepto de “especial dedicación” venga a compensar el exceso de horas de trabajo que exceden de la jornada ordinaria por necesidades del servicio. Así, el apartado 4 de la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, determina que “la duración de la jornada del personal que desempeñe puestos de trabajo considerados de especial dedicación será de 40 horas semanales, sin perjuicio del aumento de horario que excepcionalmente sea preciso por necesidades del servicio”.

No se ha facilitado por la entidad local consultante las características, complementos y retribuciones del puesto del Secretario por lo que no resulta posible realizar una valoración. Sin perjuicio de ello hay que referir que cualquier modificación del complemento específico exigirá, con carácter previo, que por la Corporación se efectúe una valoración objetiva del puesto de trabajo atendiendo a las circunstancias mencionadas. En todo caso debe quedar acreditada la modificación de los factores que motivan la variación de las circunstancias del puesto de trabajo del que se pretende modificar la cuantía del complemento, obviando con ello que pudiera tildarse en una decisión de carácter político o de oportunidad.

Efectuada la valoración, el Pleno de la Corporación, al aprobar la relación de puestos de trabajo, determinará aquellos a los que corresponde un complemento específico, señalando su respectiva cuantía ( artículo 22.2 i de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y art. 126 del R.D. Legislativo 781/1986).

## CONCLUSIÓN

Dado que el escrito de consulta refiere que las funciones que viene desempeñando el Secretario del Ayuntamiento tienen un carácter continuado y permanente, podrían considerarse su carácter estructural y deberían ser retribuidas, caso de no estarlo, mediante el correspondiente complemento específico, previa valoración de las concretas funciones del puesto de trabajo vía RPT, careciendo de los datos necesarios para un pronunciamiento más preciso al no contar con más elementos de juicio que los expresados en la solicitud. Este es el informe que se emite desde el Área de Cooperación municipal con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes y que se somete a cualquier otro mejor fundado en derecho.

# **INFORME JURÍDICO SOBRE LAS RETRIBUCIONES DEL PERSONAL DE LA CORPORACIÓN LOCAL INCLUIDO EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL**

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

Con fecha \_\_ de diciembre de 2019 tiene entrada en el Registro de la Excm. Diputación Provincial de Badajoz (R.E. \_\_\_\_\_), petición de la Alcaldesa de la localidad de \_\_\_\_\_ en la que solicita informe jurídico sobre las retribuciones que ha de percibir un funcionario de carrera de la Corporación municipal en situación de baja médica, haciendo constar que la Corporación carece de convenio sobre el particular.

## **NORMATIVA APLICABLE**

- Constitución Española (art. 23).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- RD 2568/1986, de 28 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización, funcionamiento y Régimen jurídico de las Entidades locales.
- Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
- 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.
- Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.
- Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

Los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, por el 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, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución.

La Disposición Final Segunda de la mencionada Ley 7/1985, prescribe que los funcionarios públicos de la Administración local tendrán la misma protección social, en extensión e intensidad, que la que se dispense a los funcionarios públicos de la Administración del Estado y estará integrada en el Sistema de Seguridad Social. La aportación de los funcionarios de la Administración local para la financiación de su Seguridad Social será la misma que se establezca para los funcionarios públicos de la Administración del Estado, cuando sea idéntica la acción protección. Resulta por tanto obligado remitirnos a la regulación de los funcionarios de la Administración del Estado. Así y en lo que respecta a las retribuciones de este personal en situación de incapacidad laboral, ha de estarse a lo dispuesto en art. 9 del RD-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que configura la normativa aplicable a la IT, al establecer la prestación económica en esta situación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, organismos y entidades dependientes de las mismas y órganos constitucionales, así como los límites hasta los cuales cada Administración puede complementar las prestaciones que perciba el personal funcionario incluido en el Régimen General de Seguridad Social -RGSS- y el personal laboral a su servicio en las situaciones de IT; de tal forma que lo que viene a establecer es el régimen mínimo y las posibles mejoras de las percepciones económicas de los empleados públicos en situación de IT acogidos al Régimen General de la Seguridad Social -RGSS- y al mutualismo administrativo.

“Artículo 9. Prestación económica en la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, organismo y entidades dependientes y órganos constitucionales.

1. La prestación económica de la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas y órganos constitucionales se regirá por lo dispuesto en este artículo.

2. Cada Administración Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrá complementar las prestaciones que perciba el personal funcionario incluido en el Régimen General de Seguridad Social y el personal laboral a su servicio en las situaciones de incapacidad temporal, de acuerdo con los siguientes límites:

1.º Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias comunes, durante los tres primeros días, se podrá reconocer un complemento retributivo hasta alcanzar como máximo el cincuenta por ciento de las retribuciones que se vengán percibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad. Desde el día cuarto hasta el vigésimo, ambos inclusive, el complemento que se pueda sumar a la prestación económica reconocida por la Seguridad Social deberá ser tal que, en ningún caso, sumadas ambas cantidades, se supere el setenta y cinco por ciento de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad. A partir del día vigésimo primero y hasta el nonagésimo, ambos inclusive, podrá reconocerse la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias.”

2.º Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, la prestación reconocida por la Seguridad Social podrá ser complementada, desde el primer día, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad.

Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018 posibilitó la mejora, mediante negociación colectiva de las retribuciones desde el primer día de incapacidad temporal del personal funcionario incluido en el Régimen General de la Seguridad Social de tal manera que las retribuciones alcancen el cien por cien desde el inicio de esta situación (Disposición Adicional 54). Así, desde el 31 de julio de 2018, el complemento por incapacidad temporal se podrá adicionar a la prestación del Régimen General de la Seguridad Social alcanzando el cien por cien de las retribuciones ordinarias del mes de inicio de la incapacidad temporal.

Disposición adicional quincuagésima cuarta. Prestación económica en la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas y organismos y entidades públicas dependientes de las mismas.

Uno. Cada Administración Pública podrá determinar, previa negociación colectiva, las retribuciones a percibir por el personal a su servicio o al de los organismos y entidades públicas dependientes, en situación de incapacidad temporal y en el caso del personal funcionario al que se le hay expedido licencia por enfermedad, de acuerdo con las siguientes reglas:

1.ª Respecto al personal funcionario incluido en el Régimen General de Seguridad Social y al personal estatutario y laboral, se podrá establecer un complemento retributivo desde el primer día de incapacidad temporal que, sumado a la prestación del Régimen General de la Seguridad Social, alcance hasta un máximo del cien por cien de sus retribuciones fijas del mes de inicio de la incapacidad temporal.

2.ª Respecto al personal funcionario incluido en el Régimen de Mutualismo Administrativo, de acuerdo con el régimen retributivo establecido en su normativa, además del subsidio de incapacidad temporal, cada Administración Pública podrá acordar, previa negociación colectiva, para el período de tiempo que no comprenda la aplicación del subsidio de incapacidad temporal, la percepción de hasta el cien por cien de las retribuciones, básicas y complementarias, correspondientes a sus retribuciones fijas del mes de inicio de la incapacidad temporal. Durante la percepción del subsidio por incapacidad temporal, éste podrá ser complementado por el órgano encargado de la gestión de personal, previa negociación colectiva, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que el funcionario hubiera percibido el mes de inicio de la incapacidad temporal.

En el caso que nos ocupa, en el escrito de consulta se refiere que la Corporación no ha suscrito Convenio Colectivo alguno por lo que ha de estarse a lo previsto en el artículo 9 del Decreto Ley 20/2012 transcrito, sin perjuicio de que por la vía de la negociación colectiva puedan acogerse al R.D. 959/2018: Acuerdo de 23 de julio

de 2018 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado (artículo 36.3 del TREBEP) sobre Régimen Retributivo en la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos y Entidades Públicas dependientes de la misma, máxime si es así como se ha venido retribuyendo a todo el personal que haya podido estar y esté en situación de incapacidad temporal.

**Acuerdo de 23 de julio de 2018 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado (artículo 36.3 del TREBEP) sobre Régimen Retributivo en la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos y Entidades Públicas dependientes de la misma.**

El personal al servicio de las Administraciones Públicas ha contribuido de manera notable y directa a la recuperación económica y al cumplimiento de los compromisos adquiridos por España en materia de control del gasto público y este personal ha tenido que soportar una parte importante del esfuerzo de austeridad llevado a cabo en el último periodo. Este esfuerzo ha sido un factor determinante en la consecución de los objetivos antes citados.

Las modificaciones normativas efectuadas desde 2012 para la inclusión de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, modificó temporalmente el régimen retributivo del personal incluido en los distintos regímenes de Seguridad Social durante la situación de incapacidad temporal.

La mejora de la situación económica y presupuestaria, así como el reconocimiento de la aportación que ha supuesto el trabajo de los empleados y empleadas al servicio de las Administraciones Públicas para esa mejora, condujeron a la firma el pasado 9 de marzo de 2018 de II Acuerdo entre el Gobierno y los sindicatos CCOO, UGT y CSIF para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo. Entre otras cuestiones, en el mismo se acuerdan medidas en materia de incapacidad temporal, que se han visto reflejadas en la Disposición adicional quincuagésima cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

En esta disposición se establece que cada Administración Pública podrá determinar, previa negociación colectiva, las retribuciones a percibir por el personal a su servicio o al de los organismos autónomos y entidades dependientes, en situación de incapacidad temporal y en el caso del personal funcionario al que se le haya expedido licencia por enfermedad y se determinan las reglas del complemento retributivo que puede llegar hasta un máximo del cien por cien de sus retribuciones, básicas y complementarias, correspondientes a sus retribuciones fijas del mes de inicio de la incapacidad temporal, tal y como se establecía en la regulación anterior. En el caso de la Administración General del Estado, esta regulación se aprobará por decreto del Consejo de Ministros.



Pues bien, en la Administración General del Estado, el ámbito para dicha negociación colectiva es la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, de materias comunes al personal funcionario y laboral, del artículo 36.3 del TREBEP.

A las organizaciones sindicales presentes en esta Mesa les fue presentado, por la Ministra de Política Territorial y Función Pública el pasado 16 de julio de 2018, un borrador de Acuerdo que ha sido negociado en la presente Mesa con el objetivo de llegar a un acuerdo.

Por todo ello, la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado (artículo 36.3 del TREBEP).

## ACUERDA

1. Aprobar para todo el personal, funcionario, estatutario o laboral, al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos o de sus Entidades públicas dependientes, incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, que el complemento retributivo desde el primer día en situación de incapacidad temporal o licencia por enfermedad, sumado a la prestación del Régimen General de la Seguridad Social, alcance el cien por cien de sus retribuciones ordinarias del mes de inicio de la incapacidad temporal.

2. Aprobar para todo el personal funcionario incluido en el Régimen de Mutualismo Administrativo al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos o de sus Entidades públicas dependientes, en situación de incapacidad temporal al que se le haya expedido la correspondiente licencia, que las retribuciones a percibir durante el período que no comprenda la aplicación del subsidio por incapacidad temporal previsto en dicho Régimen sean del cien por cien de las retribuciones, básicas y complementarias, correspondientes a sus retribuciones ordinarias del mes de inicio de la incapacidad temporal; estándose a lo previsto en su actual normativa reguladora para el período de tiempo en el que ya se aplique el subsidio por incapacidad temporal contemplado en el Régimen de Mutualismo Administrativo.

3. Aprobar que el complemento de productividad, incentivos al rendimiento u otros conceptos retributivos de naturaleza análoga se regirán por las reglas y criterios de aplicación que estén establecidos para cada uno de ellos, sin que resulte de aplicación lo establecido en los puntos anteriores.

4. Crear un grupo de trabajo en el seno de esta Mesa General de Negociación del art. 36.3 TREBEP en materia de análisis del absentismo.

5. Remitir el presente acuerdo al órgano técnico competente, para una vez efectuados los trámites correspondientes, proceda a su elevación al Consejo de Ministros.

## CONCLUSIÓN

Las retribuciones de los funcionarios del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ en situación de incapacidad laboral, a falta de negociación colectiva, vienen determinadas por lo dispuesto en el artículo 9.2 1º del Decreto Ley 20/2012 y por tanto no podrán percibirse en su totalidad, sino que se verán limitadas en los porcentajes determinados en el referido artículo , del 1º día de baja al 3º percibirán el 50%, del 4º al 20º día, el 75% y a partir del 21º día el 100%, sin perjuicio de que por la vía de la negociación colectiva, de conformidad con la Disposición Adicional 54 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, el importe de las retribuciones pueda alcanzar si así se acuerda el cien por cien desde el inicio de la situación de incapacidad laboral temporal. Este es el informe que se suscribe desde el Área de Cooperación Municipal y que queda supeditado a cualquier otro mejor fundado en derecho.

# **PRESUPUESTOS**



## **PRESUPUESTOS**

---

### **APROBACIÓN DEFINITIVA DE EXPEDIENTE DE MODIFICACIÓN DE CRÉDITO REALIZADA EN EL EJERCICIO POSTERIOR.**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sr/a. Alcalde/sa-Presidente/a del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

#### **HECHOS. ANTECEDENTES**

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre el asunto epigrafiado, manifestando que en diciembre pasado se aprobó inicialmente por el Pleno un expediente de Modificación de Crédito en su modalidad de Suplemento de Crédito, no logrando ser aprobado definitivamente dentro del ejercicio presupuestario de 2018. ¿Se puede considerar que no ha entrado en vigor aunque se apruebe de forma definitiva en 2019? En caso de que no haya entrado en vigor, ¿dicho expediente tiene eficacia jurídica y contable? ¿Se requiere de alguna publicación adicional en el BOP para hacer pública su anulación, como solicita el Portavoz Municipal?

#### **FONDO DEL ASUNTO**

**PRIMERO.**- En relación con el ámbito temporal del Presupuesto de las Entidades Locales, el art. 163 del RDLeg 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales -TRLRHL-, determina que se corresponde con el año natural y se imputarán las obligaciones reconocidas durante el ejercicio.

De conformidad con lo establecido en el art. 177 TRLRHL, los créditos extraordinarios y suplementos de crédito se someterán a los mismos trámites y requisitos que los Presupuestos, siendo de aplicación las normas sobre información, reclamación y publicación de los Presupuestos a los que se refiere el art. 169 TRLRHL.

Aprobado inicialmente el expediente de modificación mediante suplemento de créditos, se expone al público por el plazo de quince días hábiles. El expediente de modificación se entenderá definitivamente aprobado si durante el citado plazo no se hubiesen presentado reclamaciones.

En caso de presentarse reclamaciones, el Pleno dispondrá del plazo de un mes para resolverlas.

Aprobado definitivamente el expediente de modificación presupuestaria, se insertará en el boletín oficial de la Corporación, si lo tuviera, y resumido por capítulos en el de la provincia o, en su caso, en el de la Comunidad Autónoma uniprovincial. El expediente de modificación presupuestaria mediante suplemento de créditos entrará en vigor una vez realizada esta publicación.

**SEGUNDO.**- La Regla 4 de la Orden HAP/1781/2013, de 20 de septiembre, por la que se aprueba la Instrucción del modelo normal de contabilidad local, establece que el ejercicio contable coincide con el año natural.

Asimismo, el TS en Sentencia de 22 de enero de 2003, frente a la demanda de nulidad del Presupuesto anual de 1993 por no haber sido definitivamente aprobado hasta el 25 de febrero de 1994, estima la demanda, al carecer de base legal que lo justifique, e incluso de sentido lógico, aprobar la previsión presupuestaria para un ejercicio económico ya concluido, calificando de insubsanable el defecto apreciado.

Por su parte, la Sentencia del TSJ Asturias de 25 de junio de 2008, para el supuesto de aprobación inicial del Presupuesto en diciembre del mismo ejercicio y aprobación definitiva en enero del año siguiente, no habiéndose efectuado reclamaciones al Presupuesto inicial, considera que dicha aprobación resulta manifiestamente ilegal por extemporánea. La sentencia anula y deja sin efecto el acuerdo plenario.

El acuerdo del Pleno sobre suplemento de créditos entra en vigor en el momento de la publicación de su aprobación definitiva en el boletín oficial correspondiente, pero si la publicación se produce en un ejercicio posterior resulta manifiestamente ilegal por extemporáneo.

**TERCERO.**- Procederá la revisión del acto en vía administrativa de conformidad con lo establecido en el Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -LPACAP-

Algunas Administraciones Públicas introducen la revocación como procedimiento para la revisión los expedientes de modificación de créditos (a modo de ejemplo, en La Rioja, art. 24 del Decreto 9/2015, de 27 de marzo, por el que se desarrollan la gestión y ejecución del Presupuesto de Gastos, las modificaciones presupuestarias y otras actuaciones con repercusión en el presupuesto.

Entendemos que procedería adoptar acuerdo por parte del Pleno de la Corporación revocando el acuerdo de suplemento de crédito al ser extemporáneo, dejando sin efecto la aprobación definitiva, y publicar en el BOP el citado acuerdo, al haber sido objeto de publicación su aprobación definitiva.

## CONCLUSIONES

1ª. La aprobación definitiva de los expedientes de modificación de crédito se debe realizar dentro el ejercicio presupuestario.

2ª. La aprobación definitiva del expediente de modificación realizada en el ejercicio posterior es extemporánea y causa de nulidad.

3ª. En caso de aprobarse definitivamente el expediente de modificación de créditos en un ejercicio posterior, procederá la revisión del citado acuerdo.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado.





# URBANISMO



### ACTUACIONES MUNICIPALES EN CASO DE RUINA INMINENTE DE UNA EDIFICACIÓN

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

#### ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha 21 de enero de 2019, tiene entrada en el Registro del Área de Cooperación Municipal, Igualdad y Oficialía Mayor de la Diputación (nº 2019/5288) escrito del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, mediante el que se solicita informe jurídico sobre “... *actuaciones a realizar en caso de ruina inminente de edificaciones*”, al tiempo que se solicita asistencia consistente en la aportación de modelo de expediente administrativo.

#### LEGISLACIÓN APLICABLE.

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (TRLSRU).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTIPBG).
- Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura (LSOTEX).
- Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por el Real Decreto 2.187/1978, de 23 de junio (RDU).

### 3. FONDO DEL ASUNTO.

1º. Reconocido el derecho a la propiedad privada en el artículo 33.1 de la CE, la propia norma fundamental, en el apartado 2 del mismo precepto establece que “2. *La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes.*” Precisamente, en cumplimiento del mandato constitucional surge el establecimiento de deberes y cargas concretos como los regulados en el artículo 15 del TRLSRU (precepto de carácter básico, conforme a los apartados 1 y 2 de la Disposición final segunda): “1. *El derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones comprende con carácter general, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes siguientes: ... b) Conservarlos en las condiciones legales de seguridad, salubridad, accesibilidad universal, ornato y las demás que exijan las leyes para servir de soporte a dichos usos.*” En términos similares esa regulación ya fue recogida y desarrolla el legislador autonómico extremeño en los artículos 163, 165, 166 y 168 de la LSOTEX, al regular el deber de conservación y rehabilitación, la situación legal de ruina, órdenes de ejecución y la ruina física inminente (preceptos sorprendentemente ubicados en el “*Título IV. La ejecución del planeamiento de ejecución urbanística*”, en vez de en el “*Título V. La garantía y la protección de la ordenación territorial y urbanística*”, como parece lo normal), y 191, dedicado a regular específicamente las órdenes de ejecución.

Formulado el deber de conservación, corresponde señalar que la LSOTEX dota a la Administración competente, normalmente el Ayuntamiento, con instrumentos jurídicos de índole diversa que le permiten controlar el cumplimiento de ese deber de conservación que corresponde a los propietarios, particularmente la situación legal de ruina y la ruina física inminente, que regula en los artículos 165 y 168, respectivamente.

#### 2º. Situación legal de ruina.

Está regulada como se ha dicho en el artículo 165 de la LSOTEX, cuyo apartado 2 atribuye al Municipio la competencia para la declaración, regulando en el apartado 1 los supuestos en los que procede: en los siguientes términos:

- *“Cuando el coste de las reparaciones necesarias para devolver a la que esté en situación de manifiesto deterioro la estabilidad, seguridad, estanqueidad y consolidación estructurales o para restaurar en ella las condiciones mínimas para hacer posible su uso efectivo legítimo, supere el límite del deber normal de conservación.*

- *“Cuando, acreditando el propietario el cumplimiento puntual y adecuado de las recomendaciones de al menos los informes técnicos correspondientes a las dos últimas inspecciones periódicas, el coste de los trabajos y obras realizados como consecuencia de esas dos inspecciones, sumado al de las que deban ejecutarse a los efectos señalados en la letra anterior, supere el límite del deber normal de conservación, con comprobación de una tendencia constante y progresiva en el tiempo al incremento de las inversiones precisas para la conservación del edificio.”*

Como puede verse, la declaración de ruina tiene por finalidad la constatación de la grave situación de deterioro de un inmueble. Por su parte, el apartado 3 faculta adoptar las medidas necesarias para evitar daños a personas y bienes y pronunciarse sobre el incumplimiento o no del deber de conservación de la construcción o edificación (apartado 3.1), al tiempo que en apartado 3.2 determina las obligaciones que impone al propietario:

• *“De proceder, a su elección, a la completa rehabilitación o a la demolición, cuanto se trate de una construcción o edificación no catalogada, ni protegida, ni sujeta a procedimiento alguno dirigido a la catalogación o al establecimiento de un régimen de protección integral.*

• *De adoptar las medidas urgentes y realizar los trabajos y las obras necesarios para mantener y, en su caso, recuperar la estabilidad y la seguridad, en los restantes supuestos. En este caso, la Administración podrá convenir con el propietario los términos de la rehabilitación definitiva. De no alcanzarse acuerdo, la Administración podrá optar entre ordenar las obras de rehabilitación necesarias, con otorgamiento simultáneo de ayuda económica adecuada, o proceder a la sustitución del propietario incumplidor aplicando la ejecución forzosa en los términos dispuestos por esta Ley.”*

Desde un punto de vista procesal, el apartado 2 exige que la declaración se adopte previo procedimiento de naturaleza contradictoria en el que, en todo caso, deberá darse audiencia al propietario interesado y los demás titulares de derechos afectados, debiendo quedar acreditado el cumplimiento de las exigencias de publicidad activa del artículo 21.4 de la LPACAP y en la normativa vigente en materia de transparencia. A falta de mayores concreciones habrá que estar a lo dispuesto en la LPAC y a las reglas contenidas en los preceptos aun vigentes del RDU (de aplicación supletoria en virtud de la disposición transitoria octava de la LSOTEX), en concreto artículos 10 y 18 a 28, entre las que cabe destacar:

- Posibilidad de iniciar el procedimiento de oficio (artículo 18) o a instancia de los interesados (artículo 19).

- Puesta de manifiesto del expediente a todos los interesados (artículo 20).

- Emisión de informe pericial, previa inspección del inmueble.

- Formulación de propuesta de resolución y plazo de caducidad del expediente de 6 meses, contado desde el inicio (artículo 21).

- Resolución y traslado (artículos 23 y 24), deberá contener alguno de los siguientes pronunciamientos:

• *“Declarar el inmueble en estado de ruina, ordenando la demolición. Si existiera peligro en la demora, la Administración acordará lo procedente respecto al desalojo de los ocupantes.*

• *Declarar en estado de ruina parte del inmueble cuando esa parte tenga independencia constructiva del resto, ordenando asimismo su demolición.*

• *Declarar, que aun existiendo ruina en una parte del inmueble, ésta no alcanza a cubrir los requisitos para una declaración general, ordenando la ejecución de las obras de reparación necesarias.*

• *Declarar que no hay situación de ruina, ordenando las medidas pertinentes destinadas a mantener la seguridad, salubridad y ornato públicos del inmueble de que se trate.”*

• Inscripción de la declaración de ruina en el Registro de la Propiedad (artículo 25).

En cuanto al órgano competente para resolver el expediente de declaración de la situación legal de ruina, nada se regula al respecto ni en la LSOTEX ni en el RDU, normas que, en los términos que se verán en el apartado siguiente, sí atribuyen la competencia al Alcalde; no obstante, se considera que es este el órgano llamado a resolver en virtud de la competencia residual prevista en el artículo 21.1.s) de la LBRL.

Por último, conviene recordar que conforme al artículo 28 *“1. La declaración administrativa de ruina o la adopción de medidas de urgencia por la Administración no eximirá a los propietarios de las responsabilidades de todo orden que pudieran serles exigidas por negligencia en los deberes de conservación que les correspondan.”* y que el apartado 2 del mismo precepto faculta para la utilización del procedimiento de apremio para exigir el reintegro de los gastos en que haya incurrido la Administración en la acción de sustitución de la inactividad del particular, en supuestos de órdenes de conservación o de adopción de medidas de seguridad

### 3º. Ruina física inminente.

Se regula en los artículos 168 y 191.9 de la LSOTEX y también en los artículos 26 y 27 del RDU. El concepto de ruina inminente se formula en el artículo 168.1 en los siguientes términos: *“1. Cuando una construcción o edificación amenace con arruinarse de modo inminente, con peligro para la seguridad pública o la integridad del patrimonio arquitectónico catalogado o declarado de interés histórico o artístico, el Alcalde estará habilitado para disponer todas las medidas que sean precisas, incluido el apuntalamiento de la construcción o edificación y su desalojo.”* Las medidas enumeradas en último término procederán en todo caso y *“... podrán extenderse a la demolición que sea estrictamente indispensable para proteger adecuadamente valores superiores y, desde luego, la integridad física de las personas.”*, si bien esta última no podrá adoptarse si se trata de patrimonio catalogado o declarado de interés histórico o artístico. La calificación requiere por tanto la existencia de un riesgo cierto de peligro para la seguridad pública y el patrimonio catalogado y que este sea inminente lo que desatará la inmediata actuación municipal tendente a garantizar la seguridad de las personas y de la construcción, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 191 que, al regular las órdenes de ejecución, en el apartado 9 faculta a la Administración (no ya exclusivamente al Municipio) para *“... acordar de plano y con carácter provisional y cautelar las medidas necesarias para salvaguardar la integridad física de las personas o la de sus bienes, ...”*

En otro orden, el apartado 2 del artículo 168 atribuye al Municipio la responsabilidad de los daños y perjuicios que resulten de las medidas que hubiere adoptado, si bien podrá repercutir el importe de las indemnizaciones que satisfaga el Municipio deberán repercutirse sobre el propietario hasta el límite del deber normal de conservación, definido en el artículo 164. Por lo que concierne al procedimiento se seguirán las reglas establecidas en la LPACAP, especialmente en relación con la ejecución tanto forzosa como subsidiaria, y en los artículos 26 a 28 del RDU.

Conviene destacar que, a diferencia de lo establecido en la regulación de la declaración legal de ruina, tanto el artículo 168.1 de la LSOTEX como el 26 del Reglamento, sí atribuyen expresamente al Alcalde la competencia para la adopción de las excepcionales medidas derivadas de la apreciación de la situación de ruina inminente. Pero no solo eso, ya que esas medidas las puede adoptar la Alcaldía de plano, sin que los preceptos indicados exijan la necesidad de informe técnico alguno (artículo 191.9 de la LSOTEX), incluso a pesar de la gravedad de las mismas. Ambos preceptos están redactados de manera que la única exigencia es la constatación fáctica de ese riesgo inmediato. Que «amenace con arruinarse», es la expresión que emplea la norma autonómica, en tanto que el artículo 26.1 RDU permite su constatación por medios de índole diversa: comprobaciones realizadas por los servicios municipales, de oficio o a instancia de parte, que se estime conveniente en decreto de inicio del expediente iniciación del expediente de ruina, se estime que la situación de un inmueble o construcción ofrece tal deterioro que es urgente su demolición y existe peligro para las personas o bienes en la demora que supone la tramitación del expediente, el Ayuntamiento o el Alcalde acordarán el desalojo de los ocupantes y adoptarán las medidas referidas a la seguridad de la construcción.

Por último, conviene recordar que la adopción de las medidas de citadas, tendentes a garantizar la seguridad de las obras o su demolición, así como el desalojo de las personas en modo alguno suponen la declaración legal de ruina urbanística, tal y como determina el artículo 168.3, de manera que si se detectara la posible existencia de tal situación, resulta preceptiva la tramitación del correspondiente expediente tendente a su declaración.

4º. Finalmente se señala que la OM-SAEL no ofrece expedientes en esta materia, por lo que no puede ser atendido el requerimiento de asistencia realizado al respecto por el Ayuntamiento. Sin embargo, se informa que entre las asistencias que ofrece en materia de urbanismo el Área de Fomento de la Diputación (enlace <http://www.dip-badajoz.es/municipios/urban/index.php>) se encuentran las siguientes:

Asesoramiento periódico continuado a municipios en elaboración de informes respecto de:

Informes sobre expedientes de ruina.

Trabajos puntuales en asuntos de planteamiento, gestión y disciplina urbanística.

Colaboración en la tramitación de expedientes de declaración de ruina, sancionadores, expropiatorios, etc.

Este es el informe de la Oficialía Mayor (Asistencia y Asesoramiento Jurídico Local) en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de Malpartida de la Serena, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



## **DERECHO BASTANTE PARA CONCESIÓN DE LICENCIA URBANÍSTICA**

En relación con el asunto epigrafiado, por encargo del Sr. Oficial Mayor de esta Diputación y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### **ANTECEDENTES.**

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

Con fecha \_\_ de febrero de 2019 (NRS 2019-S-RC-\_\_\_\_), se recibe escrito del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, mediante el que solicita la emisión de informe jurídico en relación con el siguiente asunto:

“Se ha recibido una solicitud de licencia de obra para la construcción de una nave ganadera vinculada a explotación agrícola en SNU, y conforme al artículo 18.2.2 de la LSOTEX, la autorización corresponde a este Ayuntamiento. Conforme a la clasificación del suelo están permitidas dichas edificaciones, pero se exige una parcela mínima de 8 ha., parámetro que no cumple con la finca de titularidad del promotor, aportando para justificar el resto de la misma un arrendamiento de una finca colindante de superficie suficiente, pero con una plazo de vigencia de 10 años. La consulta radica en si dicho contrato es suficiente para acreditar el derecho bastante al que se refiere el artículo 176 de la LSOTEX para la concesión de la licencia, finado un plazo de vigencia de la misma igual al del contrato, y prorrogable, criterio habitual en los expedientes de calificación urbanística, o no es posible dicha concesión con un contrato de arrendamiento.”

### **LEGISLACIÓN APLICABLE.**

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Código Civil (CC).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 (LH).
- Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (LAR).
- Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (TRLSRU).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

- Ley 15/2001 ,de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, modificada por la Ley 9/2010, de 18 de octubre (LSOTEX).

- Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

- Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por el Real Decreto 3.187/1978, de 23 de junio (RDU).

- Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (RD 1.093/1997).

- Normas Subsidiarias del Planeamiento de \_\_\_\_\_ Revisión 001, aprobado definitivamente con fecha \_\_/\_\_/1994, publicado en el DOE de \_\_/\_\_/1994.

## **FONDO DEL ASUNTO.**

1º. El procedimiento general de otorgamiento de licencia urbanística se regula en nuestra comunidad autónoma en el artículo 176 de la LSOTEX, cuyo apartado 1 remite a la regulación que al respecto se establezca en las respectivas Ordenanzas municipales y al procedimiento que a tales efectos establecerá la Junta de Extremadura, que aun no se ha aprobado y que, en todo caso, tendría carácter supletorio con respecto a estas. No obstante, los apartados siguientes establecen normas de procedimiento de aplicación directa, previendo el apartado 2 que “2. *El procedimiento se iniciará a instancia del interesado, a cuya solicitud deberá acompañarse declaración responsable en los términos establecidos por el artículo 71 bis de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de RJPAC que deberá acreditar los siguientes extremos:*

• *Declaración responsable de que se tiene derecho bastante para realizar la construcción, edificación o uso del suelo pretendido.*

• *Declaración responsable del solicitante de que los actos sujetos a licencia que pretende ejecutar se encuentran amparados por la legalidad vigente.*

• *Declaración responsable de que se ha obtenido autorización o las autorizaciones concurrentes exigidas por la legislación en cada caso aplicable, así como la concesión o concesiones correspondientes cuando el acto pretendido suponga la ocupación o utilización de dominio público del que sea titular Administración distinta.*

• *Memoria descriptiva de las actividades sujetas a licencia o proyecto o proyectos técnicos correspondientes, según legalmente proceda.”*

La remisión hecha a la entonces vigente Ley 30/1992, debe entenderse hoy al artículo 69 de la LPACAP (norma que resultará asimismo de aplicación general), en cuanto que en el apartado 1 define el concepto señalando “1. *A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el*

*que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.”, añadiendo en el párrafo siguiente que “Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable. Las Administraciones podrán requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y el interesado deberá aportarla.”*

A este respecto, conviene recordar que la exigencia de derecho bastante sería innecesaria si no fuera porque de manera expresa lo prevé transcrito 176.2.a) de la LSOTEX, por cuanto las licencias se otorgan dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceras personas (artículo 12.1 del RSCL), con tal de que no se adquiera no facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística, tal y como previene el artículo 11.3 del TRLSRU, licencia sobre la que pesaría sanción de nulidad conforme al artículo 177.4 de la LSOTEX: *“Serán nulas de pleno derecho las licencias obtenidas por acto expreso o presunto que contravengan de modo grave y manifiesto la legislación o el planeamiento urbanístico. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo, facultades en contra de las leyes, planeamiento urbanístico, proyectos, programas u ordenanzas municipales.”* A mayor abundamiento, la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura (que entrará en vigor con fecha 27/06/2019, derogando a la LSOTEX) no exige la acreditación de derecho bastante y, en consonancia con ello, que el artículo 145.2 prevé que su otorgamiento se realice *“... dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceras personas, excepto en los casos en los que se vean afectados bienes de dominio público o patrimoniales.”*

2º. Lo primero que debe destacarse es que la norma no exige para obtener la licencia la exhibición del título en virtud del cual el promotor interesado considera que cuenta con ese derecho bastante, concepto jurídico que el propio precepto se encarga de acotar al precisar que ha de serlo para realizar la construcción, edificación o uso del suelo pretendido.

No informa la petición a cerca de si el interesado ha presentado junto con su solicitud la pertinente declaración, limitándose a informar que la superficie mínima exigible para la construcción objeto de licencia se acredita con la correspondiente a la finca de titularidad del promotor y el resto con un contrato de arrendamiento por 10 años. La regulación de los arrendamientos rústicos se encuentra en los artículos 1546 y siguientes del CC y en la LAR, cuyo artículo 1.1 precisa su concepto estableciendo que *“1. Se considerarán arrendamientos rústicos aquellos contratos mediante los cuales se ceden temporalmente una o varias fincas, o parte de ellas, para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de un precio o renta.”* A la vista del concepto legal de arrendamiento rústico no parece que sea el negocio jurídico más apropiado para poder llevar a cabo la vinculación de la superficie necesaria para la construcción de la nave ganadera, por cuanto el contrato de arrendamiento tiene naturaleza personal, no real, y porque se aparta de su objeto que, como se ha consignado, está dirigido al

aprovechamiento agrícola, ganadero y forestal, objeto que poco o nada tiene que ver con el derecho a vincular la parcela arrendada para cumplir el requisito material exigido para llevar a cabo la construcción, edificación o uso del suelo pretendido. Además, debe tenerse presente que el contrato de arrendamiento tiene una limitación temporal, en tanto que la vinculación debe permanecer en tanto subsistan la construcción, edificación y uso del suelo objeto de la licencia.

3°. No habiendo regulación legal específica que ampare la constitución del título concreto requerido, en la regulación de las disposiciones generales de los contratos, artículo 1255 del CC, faculta a Los contratantes para “... establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”, a cuyo amparo puede constituirse entre las partes lo que la doctrina denomina derecho real atípico, consistente en la vinculación exigida por la norma urbanística, de manera que el otorgante no cede más derecho que el estrictamente necesario, sin verse afectado por limitación alguna en cuanto a la utilización y goce de la parte de su finca cuya vinculación se cede. Por lo demás, se recuerda que el título es inscribible conforme al apartado segundo del artículo 2 de la LH al prever expresamente que *“En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: .../... Segundo. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.”* Con más claridad aun lo expresa el artículo 7 del RH al señalar que *“Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.”*

4°. Por lo expuesto, se considera que el Ayuntamiento debe exigir al interesado la aportación de la declaración responsable a la que se refiere el artículo 176.2.a) de la LSOTEX, dado que es este y no otro el que exige la norma, llevando a cabo el requerimiento al que se refiere el artículo 68.1 de la LPACAP, conforme al cual *“1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo 66, y, en su caso, los que señala el artículo 67 u otros exigidos por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 21.”*

Esta es el Informe Jurídico de la Oficialía Mayor (Asistencia y Asesoramiento Jurídico Local) en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de cualquier otra asistencia o informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

## APROBACIÓN DEFINITIVA DE PROYECTO DE URBANIZACIÓN

En relación con el asunto epigrafiado, por encargo del Sr. Oficial Mayor de esta Diputación y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

### ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha \_\_ de abril de 2019 (NRE 2019/ \_\_\_\_\_), se recibe escrito del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, mediante el que solicita la emisión de informe jurídico en relación con el siguiente asunto:

*“El \_\_/\_\_/2019 se ha recibido de la OGU, Informe Jurídico Técnico FAVORABLE en relación al Proyecto de Reparcelación de \_\_\_\_\_ tramitado por procedimiento abreviado.*

*ANTECEDENTES: Mediante acuerdo Pleno 04/03/2013, se aprobó inicialmente el Proyecto de Urbanización de la \_\_\_\_\_, pero no se aprobó definitivamente. El \_\_/\_\_/2014, se concede a la empresa \_\_\_\_\_ SL licencia urbanística para realizar las obras de urbanización de la \_\_\_\_\_, aunque no existía proyecto de reparcelación y no se había aprobado definitivamente, habiendo realizado las obras de urbanización. El \_\_/\_\_/2018 se aprueba Acta de Protocolización del proyecto de reparcelación, pero sigue faltando la aprobación definitiva del Proyecto de urbanización. ¿Se podrían aprobar definitivamente por Pleno ambos proyectos? ¿Cómo actuar?*

- Junto con la solicitud se remite el Informe Técnico-Jurídico favorable de fecha, \_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019, emitido por la Oficina de Gestión Urbanística, Vivienda, Arquitectura y Ordenación del Territorio de la Mancomunidad de \_\_\_\_\_, en el que se recogen las siguientes conclusiones:

*“Primera.- A la vista de lo expuesto, examinada la documentación obrante en el expediente de referencia, se emite INFORME TÉCNICO-JURÍDICO FAVORABLE al Proyecto de Reparcelación de la unidad de ejecución \_\_\_\_\_ de las Normas Subsidiarias de \_\_\_\_\_, presentado por la mercantil \_\_\_\_\_, S.L.*

*Sin embargo, se recuerda que tal y como se refleja en la consideración décima del apartado 7 del presente informe, no consta en el expediente trámite de aprobación definitiva del Proyecto de Urbanización, el cual se aprobó inicialmente por acuerdo plenario de fecha \_\_ de marzo de 2013, procediéndose a la apertura del trámite de información pública por periodo de un mes y concediéndose licencia de obras de urbanización con fecha \_\_ de mayo de 2014.*

*Segunda.- Recaída la aprobación municipal, para la inscripción en el Registro bastará la presentación en éste de la correspondiente escritura en unión de certificación del acuerdo municipal aprobatorio.*

*Tercera.- Deberá constar la aprobación definitiva del Proyecto de Urbanización.*

*Cuarta.- Tras la aprobación de los Proyectos de Reparcelación y Urbanización, corresponderá la recepción de las obras de urbanización por el Ayuntamiento.”*

- Posteriormente, se hace llegar un CD con el expediente completo.

## **LEGISLACIÓN APLICABLE.**

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (TRLSRU).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).
- Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, modificada por la Ley 9/2010, de 18 de octubre (LSOTEX).
- Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (RD 1.093/1997).
- Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por el Real Decreto 3.288/1978, de 25 de agosto (RGU).
- Reglamento de Planeamiento de Extremadura, aprobado por el Decreto 7/2007, de 23 de enero (RPEX).
- Normas Subsidiarias del Planeamiento de \_\_\_\_\_, aprobado definitivamente con fecha \_\_\_/\_\_\_/1994, publicado en el DOE de \_\_\_/\_\_\_/1994.

## **FONDO DEL ASUNTO.**

1º. Conforme al artículo 121.1 de la LSOTEX “1. Los proyectos de urbanización son proyectos de obras que definen los detalles técnicos de las obras públicas previstas por los planes de ordenación urbanística. Se redactarán con precisión suficiente para poder ser ejecutados, eventualmente, bajo la dirección de técnico distinto a su redactor. Toda obra pública de urbanización, sea ejecutada en régimen de actuación urbanizadora o edificatoria,

*requerirá la elaboración de un proyecto de urbanización, su aprobación administrativa y la previa publicación de ésta en el «Boletín Oficial» de la provincia.”*

El mismo precepto, en su apartado 2, regula la tramitación de los proyectos de urbanización para actuaciones urbanizadoras, distinguiendo dos procedimientos distintos según se tramiten con el correspondiente Programa de Ejecución, en cuyo caso seguirán su misma tramitación, o que se tramiten con posterioridad al Programa, supuesto en el que nos encontramos, para el que remite al procedimiento previsto para los planes parciales de Ordenación, regulado en los artículos 77 y 78 de la LSOTEX y 124 y siguientes del RPEX, que básicamente consiste en su aprobación inicial, exposición pública por plazo mínimo de un mes y aprobación definitiva, con resolución de las alegaciones que se hubieran formulado.

2º. De los antecedentes facilitados por el Ayuntamientos y de la información contenida en el detallado informe técnico-jurídico emitido con fecha \_\_/\_\_/2019 por la Oficina de Gestión Urbanística, Vivienda, Arquitectura y Ordenación del Territorio de la Mancomunidad de \_\_\_\_\_ (en adelante OGU), se constata que el proyecto de urbanización se presentó en el Ayuntamiento con fecha \_\_/\_\_/2012, junto con una solicitud de licencia de obras para la urbanización, licencia que, pese a no ser necesaria (como bien se apunta en el informe técnico-jurídico citado), se otorga a \_\_\_\_\_, S.L., con fecha \_\_ de mayo de 2014 (dos años después de haberse solicitado). No obstante, en principio, el proyecto de urbanización, sigue la tramitación preceptiva, conforme a los preceptos citados al final del apartado anterior, obteniendo la aprobación inicial, mediante acuerdo de \_\_/\_\_/2013, tras lo que se expuso al público por plazo de un mes contado a partir de la publicación de los correspondientes anuncios en el diario Extremadura y en el DOE, llevada a cabo los días \_\_ y \_\_ de \_\_\_\_, respectivamente. De manera que casi seis años después no se ha producido la aprobación definitiva.

A este respecto, el apartado 3 del artículo 77.3 de la LSOTEX prevé expresamente que *“3. En los procedimientos iniciados en virtud de una solicitud, el plazo máximo para resolver la aprobación provisional, cuando ésta sea, además, definitiva, será de seis meses. El transcurso de dicho plazo sin que se hubiera comunicado la resolución, autorizará a la Administración que lo haya aprobado inicialmente o al solicitante, para entender desestimada la aprobación definitiva, excepto en los casos de estudio de detalle, en los que podrá el solicitante entenderla estimada.”* No precisa el precepto el momento a partir del cual debe producirse el cómputo del plazo, la presentación del proyecto, la aprobación inicial o la finalización del periodo de información pública. Parece que lo más razonable sea entender que es el primero de ellos, la presentación del proyecto ante el Ayuntamiento, por tratarse del trámite que inicia el procedimiento, por lo que el plazo de seis meses debe contarse desde dicha fecha. El cómputo del plazo se realizará conforme a las reglas del artículo 48.2 de la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en la actualidad la regla equivalente, aunque en términos bien distintos, se encuentra en el artículo 30 de la LPACAP), de manera que presentado el proyecto de urbanización el \_\_/\_\_/2012, el periodo de seis meses para acordar la aprobación definitiva se extenderá hasta el \_\_/\_\_/2012 (sábado, día de la semana que con aquella regulación resultaba hábil).

No consta en el expediente certificación acreditativa del resultado de la exposición pública; sin embargo, con fecha \_\_/\_\_/2014, por la Secretaría del Ayuntamiento se emite informe en el que entre otros extremos se hace constar que *“Se ha producido la publicación el Diario Oficial de Extremadura, de fecha \_\_ de \_\_ de 2013, y en el periódico Extremadura, de fecha \_\_ de \_\_ de 2013, sin que durante el plazo de al que ha estado expuesto el acuerdo de aprobación inicial se hayan producido alegaciones.”*, añadiendo al final la siguiente conclusión: *“En razón a lo expuesto entiende esta Secretaría que procede la aprobación del Proyecto de Urbanización con las prescripciones y objeciones que constan en el informe emitido por la Oficina de Gestión Urbanística de la Mancomunidad de \_\_\_\_\_, que han de ser subsanadas antes de la aprobación definitiva, y en el supuesto de que no lo fueran, procede suspender la aprobación hasta tanto sean subsanadas las deficiencias contenidas en el informe.”* Las deficiencias a las que se refiere el informe anterior son las consignadas por la OGU en su informe de 13 de agosto de 2013: *“Se considera que la nueva documentación presentada permite realizar la aprobación definitiva del proyecto de urbanización, por lo que se emite INFORME FAVORABLE para ello. Sin embargo, para que se proceda a esta aprobación definitiva, se deberá contar previamente con los informes favorables de las compañías suministradoras a las copias del proyecto presentadas en CD.”* A este respecto constan en el expediente los siguientes informe de las distintas compañías suministradoras:

- 06/03/2013, \_\_\_\_\_, S.A.
- 26/09/2013 \_\_\_\_\_, S.A.
- 27/01/2014, \_\_\_\_\_, S.A.U.
- 05/03/2014, \_\_\_\_\_, S.A.

Posteriormente, con fecha \_\_/\_\_/2014, se otorga licencia de obras para la ejecución del proyecto de urbanización (trámite que como se ha dicho es innecesario) y ya no constan más documentos ni antecedentes hasta el \_\_/\_\_/2017, fecha en la que se incorpora un escrito sobre modificaciones puntuales realizadas en la urbanización. Con esto se quiere significar que han transcurrido casi tres años en los que no se ha realizado actividad alguna, que haya podido dar lugar a la interrupción del cómputo del plazo para acordar la aprobación definitiva, de manera que el procedimiento está resuelto en desestimación por aplicación de la particular regla de silencio administrativo negativo contenida en el transcrito artículo 77.3 de la LSOTEX.

Conviene precisar que la referida regla obedece al criterio seguido con carácter general en la regulación de los procedimientos de aprobación de los instrumentos de planeamiento y en la doctrina de los tribunales, con abundantes pronunciamientos al respecto. A este respecto, el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de enero de 2007 y, como se verá, con cita de numerosas sentencias, ha declarado:

*“La línea jurisprudencial seguida en relación con esta cuestión es antigua, constante y permanece en la actualidad, pese a las diversas regulaciones que sobre el silencio administrativo se han producido, tanto en el ámbito estrictamente procedimental como en el urbanístico.*



*Esto es, la Jurisprudencia (y posteriormente la Ley) se ha encargado de corregir el efecto automático del silencio positivo entendiendo que (STS de 28 de noviembre de 1988):*

*«no pueden entenderse legalizadas por esta vía, actuaciones enfrentadas con claridad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico» .*

*.../...*

*Con anterioridad, ya se había señalado (STS de 2 de febrero de 1982):*

*«Que es doctrina jurisprudencial avalada por reiteradas sentencias del T. S., cuya profusión excusa de su específica cita, que la institución del silencio administrativo positivo no puede ser utilizada como cauce para obtener derechos o situaciones contrarios a la ley, toda vez que esta institución con la que se pretende paliar la inactividad de la Administración, en algunos casos, y en todos suplir dicha inactividad en defensa del derecho de los administrados, nunca puede conducir a que tácitamente se entienda conseguido lo que no puede concederse expresamente, «es de todo punto imposible que resulte otorgado por silencio administrativo lo que está manifiestamente prohibido por el Ordenamiento jurídico», —S. de 19 febrero 1980)—*

*Por su parte, en la (STS de 2 de diciembre de 1986) se mantuvo la inexistencia de silencio administrativo:*

*«no por la interrupción del plazo de seis meses previsto en los artículos 41.2 de la Ley del Suelo y 133 del Reglamento de Planeamiento, sino por la objeción válida que a ese silencio puede hacerse en el presente caso, surgida de la posible nulidad, en razón de la ilegalidad de las normas urbanísticas modificadas, y, en cuanto a la aprobación definitiva y expresa del Proyecto de que se trata, apreciando el carácter sustancial de las modificaciones introducidas».*

*En la STS de 6 de julio de 1888, analiza el contenido del artículo 133.3 del RPU, en el que se establece que «la aprobación definitiva obtenida por silencio administrativo será nula si el Plan contuviere determinaciones contrarias a la Ley o a planes de superior jerarquía, o cuando la aprobación del Plan esté sometida a requisitos especiales legal o reglamentariamente establecidos». Y, tras poner de manifiesto que ni la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 (artículo 41.2), ni el Real Decreto-Ley 16/1981, de 16 de octubre (artículo 6) figuran tales cortapisas en la producción del silencio, añade que:*

*« ... es precisamente este precepto del artículo 178.3 de la Ley del Suelo lo que da más fuerza de convicción para sostener la tesis contraria, por razones de pura lógica. Porque, qué motivos pueden existir para que el legislador haya querido que un acto singular y concreto no se produzca, si contraviene el Ordenamiento Urbanístico (como es el caso de la licencia) y, en cambio, se conforma con que por el simple efecto de una corta inactividad de la Administración, un Plan, esto es, una disposición de carácter general, una norma, fuente de ordenación de múltiples actuaciones, llegue a imperar, a pesar de ser intrínsecamente contraria a derecho. Porque nada más absurdo que pretender preservar la legalidad de lo singular y del caso concreto, mientras que se levanta la mano y se otorga la bendición a lo que ha de servir de módulo de actuación en múltiples actuaciones de futuro.*

*Siendo estas razones, tan poderosas, las que han inclinado la balanza en la tendencia jurisprudencial, como se aprecia, entre otras, en las Sentencias de 23 de junio de 1971, 7 de noviembre de 1972, 17 de octubre de 1973, 2 de abril, 20 de mayo y 29 de septiembre de 1975, 3 de noviembre de 1976, 17 y 24 de octubre de 1978, 30 de junio de 1979 «.*

*Por su parte en la STS de 24 de diciembre de 1991 se añade que:*

*«... si el silencio positivo es una creación legal, difícilmente puede concebirse que la Ley haya querido la producción de algo palmariamente en contradicción con ella y para conculcarla, razón por la que aunque el silencio positivo supla al acto expreso, solo lo supla dentro de los límites autorizados por la Ley, posición que hace indudablemente extensible por analogía lo establecido en el citado artículo 178.3 para las licencias, al menos, a lo relativo a los Planes Urbanísticos, puesto que el legislador quiso expresamente impedir lo menos, el silencio contradictor de la legalidad en materia de licencias, con mayor motivo quiso tácitamente obstaculizar lo más, el silencio vulnerador de la Ley en lo relativo al planeamiento. Solución esta que aceptada por la jurisprudencia de la Sala que sentencia, ha tenido su confirmación posterior a la promulgación de dichos texto refundido y Ley, a nivel reglamentario, por el artículo 133.2 y 3 del Reglamento de Planeamiento, aprobado por el RD 2.159/1978, de 23 de junio, y con rango legal, por la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo, y solución que impide el que acto formalmente obtenido por silencio en este caso prevalezca sobre el acto expreso posterior, al suponer aquél evidentes contradicciones legales, tanto de forma como de fondo».*

3º. Este funcionario considera que no resulta posible reactivar el procedimiento por la vía del párrafo segundo del artículo 77.3 de la LSOTEX, por cuanto el precepto en cuestión lo refiere exclusivamente al supuesto de que “... la administración responsable de la tramitación sea competente solo para la aprobación provisional...”, puesto que en este caso el Ayuntamiento no solo acuerda la aprobación inicial, sino que también le compete la aprobación definitiva. No obstante, se advierte que la norma reguladora del régimen jurídico general del silencio administrativo por entonces, el artículo 43 de la citada Ley 30/1992, establece la siguiente regulación (en términos prácticamente idénticos en el artículo 24.3 de la LPACAP, vigente en la actualidad):

*“3. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen:*

*a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.*

*b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.”*

En todo caso, debe entenderse que, a la vista del precepto transcrito, el sentido de sanción tan severa no es precisamente dar al traste con el procedimiento, de manera que, si el proyecto de urbanización de la \_\_\_\_\_ no vulnera la ordenación

urbanística y territorial ni la legalidad vigente (como así parece deducirse de los informes técnico-jurídicos emitidos por la OGU y de modo especial del último incorporado al expediente, emitido con fecha \_\_/\_\_/2019), no debe haber obstáculo para que obtenga su preceptiva aprobación definitiva.

No obstante, como quiera que en expediente constan documentos de los que se deduce que el proyecto de urbanización ha sufrido diversas modificaciones desde que se presentara en el Ayuntamiento, con fecha \_\_/\_\_/2012, se considera la conveniencia de que la OGU se pronuncie en cuanto al contenido de las distintas modificaciones y si el mismo tuviera carácter esencial, en cuyo caso procedería la apertura de un nuevo trámite de información pública y consultas en los términos exigidos en apartado 2.3 del artículo 77 de la LSOTEX.

Esta es el Informe Jurídico de la Oficialía Mayor (Asistencia y Asesoramiento Jurídico Local) en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de cualquier otra asistencia o informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



## **ASISTENCIA EN EMISIÓN DE INFORME AL PLAN DE DESPLIEGUE DE FIBRA ÓPTICA EN EL MUNICIPIO**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ , se emite el presente INFORME

### **ANTECEDENTES**

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre el asunto epigrafiado, acompañando copia de la solicitud presentada en el Ayuntamiento por \_\_\_\_\_ S.L, el Plan de Despliegue de Red de Alimentación de fibra óptica en el municipio.

### **FONDO DEL ASUNTO**

**PRELIMINAR:** Para poder ejercer el derecho que le asiste, el solicitante debería estar inscrito en el Registro de Numeración y Operadores de Telecomunicaciones de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia.

### **PRIMERA. PLANTEAMIENTO. NORMATIVA SECTORIAL APLICABLE.**

Para poder resolver los expedientes que se presentan a la entidad local deberá aplicar, al menos, la siguiente normativa:

- Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTC)
- Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.
- Legislación de urbanismo de la Comunidad autónoma.
- Planeamiento municipal.

La LGTC define en el artículo 34.2 a las redes públicas de comunicaciones electrónicas como «equipamiento de carácter básico» con la cualidad en el planeamiento municipal de «determinaciones estructurantes». Y de las actuaciones para su implantación de «obras de interés general».

**SEGUNDA.** Procedimiento a seguir en este caso para la concesión y proyectos que deben presentar las empresas interesadas, tanto de obras o instalación como de actividad. No existiendo concesión ni autorización alguna.

La primera cuestión que se plantea es el título que deben obtener las empresas interesadas –en su pretensión de instalar la red pública de comunicación electrónicas– para la ocupación de la propiedad ajena, bien sea pública o privada. Siendo la contestación que las empresas operadoras tienen un derecho *ope legis* para su implantación que se deriva de la consideración de las redes públicas de comunicación electrónica como equipamiento básico.

*La LGTC regula en el capítulo II del título III los derechos de los operadores y despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Y, en concreto, concede a las operadoras el derecho a ocupar el dominio público. Así el artículo 30 de la LGTC lo reconoce en los términos establecidos en el citado capítulo del siguiente tenor:*

*Los operadores tendrán DERECHO... A LA OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas de que se trate.*

*Con respecto a las propiedades privadas es en el artículo 29 quien le otorga el derecho, al establecer:*

*«Los operadores tendrán derecho, en los términos de este capítulo, a la ocupación de la propiedad privada cuando resulte estrictamente necesario para la instalación de la red en la medida prevista en el proyecto técnico presentado y siempre que no existan otras alternativas técnica o económicamente viables, ya sea a través de su expropiación forzosa o mediante la declaración de servidumbre forzosa de paso para la instalación de infraestructura de redes públicas de comunicaciones electrónicas.»*

El artículo 31 de la LGTC obliga a la normativa de las administraciones públicas –en el caso de la local el planeamiento y las ordenanzas municipales– que afecte al despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas a reconocer, en todo caso, el derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada para el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas de conformidad con lo dispuesto en este título.

La posición que la administración tiene frente a cualesquiera de estos operadores para el ejercicio de este derecho, la establece el legislador fijando un mandato a las administraciones públicas que sitúa a aquellos en idénticas condiciones:

*Los titulares del dominio público garantizarán el acceso de todos los operadores a dicho dominio en condiciones neutrales, objetivas, transparentes, equitativas y no discriminatorias, sin que en ningún caso pueda establecerse derecho preferente o exclusivo alguno de acceso u ocupación de dicho dominio público en beneficio de un operador determinado o de una red concreta de comunicaciones electrónicas. En particular, la ocupación o el derecho de uso de dominio público para la instalación o explotación de una red no podrá ser otorgado o asignado mediante procedimientos de licitación.*

Por lo que se puede concluir que los operadores tienen un derecho/título legal para la implantación de las redes públicas de comunicaciones electrónicas que no puede estar sometido a previa concurrencia para su obtención. Siendo como es una

red pública de comunicaciones, la ley facilita su implantación al objeto de que el servicio público pueda ser accesible a los ciudadanos. Pero que esto sea así no significa que no deba obtenerse licencia municipal para la efectiva implantación. Tanto la LGTC como el Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad no excluyen la necesidad de licencia, limitando la posible denegación de la licencia con carácter motivado. Así esta norma reglamentaria en los artículos 8 y 9 determina:

- La única posibilidad de denegar con carácter justificada la licencia de acuerdo con criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionales –artículo 8.3-

- El plazo máximo para resolver los expedientes, que se fija en 4 meses – artículo 8.1-

- La posibilidad de su ampliación conforme a lo previsto en la ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común (LPAC) –artículo 8.2-

- La necesidad de publicitar en la página-web municipal toda la información sobre condiciones y procedimientos para la instalación y despliegue de las redes.

El derecho de las operadoras se convierte en un mandato de colaboración a las diferentes administraciones públicas -como determina el artículo 34- ya que «...*deberán colaborar a través de los mecanismos previstos en la presente Ley y en el resto del ordenamiento jurídico, a fin de hacer efectivo el DERECHO DE LOS OPERADORES DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS DE OCUPAR LA PROPIEDAD PÚBLICA Y PRIVADA para realizar el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas*».

La red deberá adecuarse a lo previsto por el planeamiento municipal y, en consecuencia, la licencia establecerá las prescripciones que deben cumplir los operadores.

Por lo que se puede concluir que la normativa sectorial facilita la implantación de las redes pero las condiciones de su implantación deberán respetar el planeamiento municipal. De especial interés es la obligación o no de soterrar las redes por parte de los operadores y por tanto si esta es una obligación que se puede imponer a las mismas. En numerosos planeamientos se establece esta obligación pero para que sea efectiva debe existir esta canalización subterránea, ya que en caso contrario no será posible cumplir el mandato. En este punto la LGTC facilita, en cierto modo, la posición de los ayuntamientos al establecer en este caso obligaciones para los operadores, así el artículo 34.5 establece:

*Los operadores deberán hacer uso de las canalizaciones subterráneas o en el interior de las edificaciones que permitan el despliegue y explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas.*

*En los casos en los que no existan dichas canalizaciones o no sea posible su uso por razones técnicas o económicas, los operadores podrán efectuar despliegues aéreos siguiendo*

*los previamente existentes. Igualmente, en los mismos casos, los operadores podrán efectuar por fachadas despliegue de cables y equipos que constituyan redes públicas de comunicaciones electrónicas y sus recursos asociados, si bien para ello deberán utilizar, en la medida de lo posible, los despliegues, canalizaciones, instalaciones y equipos previamente instalados.*

*Los despliegues aéreos y por fachadas no podrán realizarse en casos justificados de edificaciones del patrimonio histórico-artístico o que puedan afectar a la seguridad pública.*

En el citado artículo establece una regla general- soterramiento por las canalizaciones existentes- pero plantea cuestiones problemáticas como son:

- la posibilidad de utilizar las canalizaciones subterráneas por motivos económicos.
- el conflicto que existe en municipios que son conjunto histórico-artístico pero que carecen de canalizaciones subterráneas.

**TERCERA.** Siendo que las competencias en materia de disciplina urbanística y ambiental, incluidas las licencias, están atribuidas al Alcalde conforme al artículo 21.1.q) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, sin que la legislación sectorial atribuya la competencia para la aprobación de planes de despliegue al pleno, podemos afirmar que el órgano competente para aprobar planes de despliegue o instalación de redes de comunicación electrónica.

Del mismo modo, podemos afirmar que están sujetas a control a priori mediante licencia, las actuaciones subsiguientes que se pretendan desarrollar en ejecución material de aquellas actuaciones contempladas en los planes de despliegue.

Al margen de la licencia municipal deberá formularse y presentarse una declaración responsable que abrace todo el contenido de las actuaciones previstas en el plan de despliegue, si lo que se pretende es ejecutar de una vez el plan, o bien, si se actúa sectorizadamente, una solicitud por cada actuación dividida en fases. Ello es decisión de operador que promueve resultando indiferente para el Ayuntamiento. Así lo dice el artículo 34.6, párrafo séptimo, cuando indica: «Cuando deban realizarse diversas actuaciones relacionadas con la infraestructura o estación radioeléctrica, las declaraciones responsables se tramitarán conjuntamente siempre que ello resulte posible».

La tramitación del plan de despliegue es la propia de las licencias urbanísticas establecida en el artículo 147 de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura: presentación del memoria descriptiva o proyecto técnico, las autorizaciones concurrentes exigidas por la legislación en cada caso aplicable, emisión de los informes técnico y jurídico y resolución con aplicación, en su caso, del silencio positivo.

La tramitación de las declaraciones responsables tendentes a la obtención de la autorización del órgano competente en materia de telecomunicaciones, debe contener, conforme expresa el párrafo séptimo del artículo 34.6 LGTC, lo siguiente:



• «una manifestación explícita del cumplimiento de aquellos requisitos que resulten exigibles de acuerdo con la normativa vigente, incluido, en su caso, estar en posesión de la documentación que así lo acredite.»

• (...)

• *La presentación de la declaración responsable, con el consiguiente efecto de habilitación a partir de ese momento para ejecutar la instalación, no prejuzgará en modo alguno la situación y efectivo acomodo de las condiciones de la infraestructura o estación radioeléctrica a la normativa aplicable, ni limitará el ejercicio de las potestades administrativas de comprobación, inspección, sanción, y, en general, de control que a la administración en cualquier orden, estatal, autonómico o local, le estén atribuidas por el ordenamiento sectorial aplicable en cada caso.*

• *La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable, o la no presentación de la declaración responsable determinará la imposibilidad de explotar la instalación y, en su caso, la obligación de retirarla desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar».*

• El propio precepto señala que «Reglamentariamente se establecerán los elementos de la declaración responsable que tendrán dicho carácter esencial», algo que, a fecha de hoy, no ha ocurrido.

#### **CUARTA. CUESTIONES CONEXAS.**

• Documentación preceptiva que deben presentar las empresas instaladoras de telecomunicaciones que quieran presentarse. Y que titulación deben tener los técnicos que firmen dichos proyectos.

• Plazo máximo de la concesión y canon que deba cobrarse por utilización privativa de espacio público.

• De concederse concesión y autorización por Ayuntamiento, ¿debe solicitarse licencia de actividad y licencia de obras e instalación?

• Para el cálculo de las tasas e ICIO, ¿qué presupuesto debe tenerse en cuenta?

Las siguientes preguntas conexas decaen por el derecho legal de las operadoras, la vigencia temporal de la autorización debe depender de la prestación real y efectiva de los servicios de telecomunicaciones por la empresa. No obstante, como se ha indicado las operadoras deberán obtener licencia urbanística para su implantación conforme a lo previsto en la LGTC y el planeamiento municipal.

Sobre los tributos se debe diferenciar la compañía telefónica del resto de operadoras.

Por último, en cuanto a la fiscalidad, el artículo 34.36 LGT indica que «el declarante deberá estar en posesión del justificante de pago del tributo correspondiente cuando sea preceptivo».

Dicha tributación, conforme a lo prevenido en el artículo 100.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), viene exigida respecto del ICIO «*El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras es un tributo indirecto cuyo hecho imponible está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, o para la que se exija presentación de declaración responsable o comunicación previa, siempre que la expedición de la licencia o la actividad de control corresponda al ayuntamiento de la imposición*»; así como de la Tasa, siempre que exista Ordenanza fiscal municipal que la regule, pues, conforme al artículo 20.4.h) y i) del TRLRHL, el hecho imponible de las Tasas por prestación de servicios está constituido por el «h) *Otorgamiento de las licencias urbanísticas exigidas por la legislación del suelo y ordenación urbana o realización de las actividades administrativas de control en los supuestos en los que la exigencia de licencia fuera sustituida por la presentación de declaración responsable o comunicación previa*», así como por el «i) *Otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos o realización de las actividades administrativas de control en los supuestos en los que la exigencia de licencia fuera sustituida por la presentación de declaración responsable o comunicación previa*». Con respecto a telefónica es de aplicación la Ley 15/1987, de 30 de julio, de tributación de la Compañía Telefónica Nacional de España y su reglamento de desarrollo (Real Decreto 1334/1988, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 15/1987, de 30 de julio, de Tributación de la Compañía Telefónica Nacional de España) La ley en el artículo 4 regulador de la tributación local –a salvo del IBI- establece un pago anual al municipio del 1,9 % de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtenga en cada término municipal.

Las restantes operadoras no tienen un régimen especial siendo el mismo que el de cualquier otra persona conforme a lo previsto en la legislación de haciendas locales.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** Los operadores tienen un derecho/título legal para la implantación de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y con ello el de ocupar el dominio público o privado por disposición de la LGTC artículos 30 y 29. Por lo que no puede estar sometido a previa concurrencia para su obtención. A su vez la normativa municipal deberá reconocer, en todo caso, el derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada para el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas.

**SEGUNDA.** La LGTC y el Real Decreto 330/2016 no excluyen la necesidad de licencia, limitando la posible denegación de la licencia con carácter motivado.

Establecen prescripciones que limitan la denegación a supuestos justificados, objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionales. El plazo máximo para resolver los expedientes –ampliable- se fija en 4 meses. Y la necesidad de publicar en la página-web municipal toda la información sobre condiciones y procedimientos para la instalación y despliegue de las redes. La vigencia temporal de la autorización debe depender de la prestación real y efectiva de los servicios de telecomunicaciones por la empresa.

**TERCERA.** El órgano competente para aprobar planes de despliegue o instalación de redes de comunicación electrónica es el Alcalde.

Las actuaciones comprendidas en un plan de despliegue o instalación de redes de telecomunicación quedan sujetas control a priori mediante licencia, conforme al artículo 146.1.m) de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura.

La tramitación y aprobación del plan de despliegue es la propia de una licencia urbanística. Las actuaciones de ejecución del plan de despliegue amparadas en declaración responsable están sujetas tanto a Tasa (si el Ayuntamiento dispone de ordenanza fiscal) como a ICIO.

**CUARTA.** Las operadoras están obligadas a utilizar las canalizaciones subterráneas existentes para la implantación de su red de despliegue, en caso de inexistencia o imposibilidad técnica o económica las redes podrán ser aéreas salvo que afecten al patrimonio histórico-artístico o a la seguridad pública.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



# **REVISIÓN DE OFICIO DE ACUERDO DE MODIFICACIÓN DE CONVENIO URBANÍSTICO Y DE COLABORACIÓN PARA LA IMPLANTACIÓN DE PLANTA SOLAR.**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

## **ANTECEDENTES.**

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto de la presente nota son los siguientes:

- Con fecha \_\_ de \_\_\_\_ 2019 (nº de anotación \_\_\_\_\_), se registra solicitud del Ayuntamiento referenciado, mediante el que solicita Asistencia Técnica Jurídica en relación con el siguiente asunto *“Visto el convenio urbanístico y de colaboración para la implantación de planta solar “\_\_\_\_\_”, en \_\_\_\_\_, y observando que la potestad tributarias es indisponible, solicitamos que se proceda a la revisión de oficio del citado convenio.”*

- Junto con la solicitud se remite la siguiente documentación relacionada con el asunto:

- El propio convenio, formalizado con fecha, \_\_ de \_\_\_\_ de 2008, entre el Ayuntamiento y la sociedad promotora de la planta, \_\_\_\_\_, S.L.

- Copia de las actas de las sesiones del Pleno de la Corporación de \_\_ de \_\_\_\_ de 2008, de aprobación del convenio, y de 21 de agosto de 2008, por el que se modifica el texto de cláusula sexta.

- Posteriormente, con la colaboración del Ayuntamiento, se localizan anuncios de aprobación provisional y definitiva de modificación del IBI, publicados con fecha \_\_/\_\_/2012 y \_\_/\_\_/2012, respectivamente.

## **LEGISLACIÓN APLICABLE.**

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLRHL).
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

- Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que deroga la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), norma que estaba vigente entonces.

- Ley 19/2015, de 23 de diciembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura (Ley 19/2015)

- Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura y de la Comisión Jurídica de Extremadura (ROFCJEX), aprobado por el Decreto 99/2009, de 8 de mayo (modificado por el Decreto 3/2016, de 12 de enero, publicado en el DOE nº 11 de 19 de enero de 2016).

## FONDO DEL ASUNTO.

1º. Aprobado mediante acuerdo de 28 de abril de 2008 el convenio urbanístico y de colaboración para la implantación de una planta solar con la empresa \_\_\_\_\_, S.L., con fecha, \_\_ de \_\_\_\_\_ de 2008, el Pleno de la Corporación acuerda la modificación de la cláusula sexta, tras lo que se procede a su firma, que tiene lugar el día 3 de septiembre del mismo año. Mediante la modificación se limita únicamente a sustituir el anterior texto de la cláusula sexta, en términos que se transcriben a continuación:

- Texto originario, aprobado mediante acuerdo de \_\_\_\_ / \_\_\_\_ /2008:

**“SEXTA: TRIBUTOS QUE SE DEVENGUEN A PARTIR DE LA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE LA PLANTA Y SUS INSTALACIONES ACCESORIAS.**

*A partir de la puesta en funcionamiento de la Planta y sus instalaciones accesorias, la PROMOTORA deberá satisfacer, en concepto de sujeto pasivo, ya sea a título de contribuyente o como sustituto de éste, los tributos (impuestos, tasas y precios públicos) vigentes en la actualidad o que puedan establecerse en el futuro por el AYUNTAMIENTO, entendiéndose expresamente comprendidos entre dichos tributos, entre otros, el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) y el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE). En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, el AYUNTAMIENTO dispondrá de la facultad de repercutir en la PROMOTORA la totalidad de la cuota líquida del IBI.”*

- Texto definitivamente incluido en el convenio, tras la modificación aprobada mediante acuerdo de 21/08/2008:

**“SEXTA: TRIBUTOS QUE SE DEVENGUEN A PARTIR DE LA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE LA PLANTA Y SUS INSTALACIONES ACCESORIAS.**

*Los tributos (impuestos, tasas y precios públicos) que se devenguen a partir de la puesta en funcionamiento de la Planta y sus instalaciones accesorias no se entenderán incluidos en las cuantías descritas en la estipulación cuarta del presente convenio, debiendo ser satisfechos por quien legalmente corresponda conforme a la legislación en cada momento vigente.*

*En particular, en lo que se refiere al Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) correspondiente a la Planta una vez ésta entre en condiciones de funcionamiento, las partes reconocen la dificultad de determinar si la PROMOTORA tendrá la consideración de sujeto pasivo del impuesto y vendrá obligada al pago del mismo, si la Planta será considerada en un futuro como Bien Inmueble de Características Especiales, así como de prever el importe aproximado de dicho impuesto.*

*A este respecto, el AYUNTAMIENTO reconoce la importancia que para la viabilidad del PROYECTO supone la determinación aproximada de los costes que pudieran derivarse en el futuro por este concepto, al tiempo que prevé la obtención de determinados ingresos en concepto del propio IBI o, de no ser ello legalmente posible, en concepto de aportaciones sociales.*

*En atención a lo anterior, las partes han asumido los siguientes compromisos en relación con el IBI aplicable a la Planta:*

*A. El AYUNTAMIENTO se compromete y garantiza a la PROMOTORA que, durante el período de funcionamiento de la Planta, el tipo de gravamen que le resultará efectivamente aplicable a la Planta será el tipo mínimo legalmente posible en cada momento (actualmente bien el 0,3 % o bien el 0,4%).*

*B. El AYUNTAMIENTO se compromete y garantiza a la PROMOTORA la efectiva aplicación a la Planta de cuantas reducciones y bonificaciones máximas resulten legalmente susceptibles de aplicación a la citada Planta en el ámbito de dicho Impuesto (actualmente hasta el 90% de la cuota íntegra del Impuesto para los BICES).*

*Para ello, el AYUNTAMIENTO se compromete a incluir la oportuna regulación en sus Ordenanzas Fiscales de cara a garantizar la efectiva aplicación a la PROMOTORA de los tipos mínimos y las reducciones y bonificaciones mencionadas, de acuerdo con la legislación vigente, así como a adoptar cuantas medidas sean necesarias o convenientes a tal efecto.*

*Aún para el supuesto de que la PROMOTORA finalmente no tuviera obligación legal de satisfacer el IBI o en el caso de que como consecuencia de los compromisos asumidos por el AYUNTAMIENTO el importe de la cuota anual a pagar por IBI fuera inferior a la cantidad de VEINTICINCO MIL EUROS (25.000), actualizada anualmente según el IPC desde el momento de inicio de las obras de construcción, la PROMOTORA abonará durante el período de funcionamiento de la Planta la referida cantidad anual total de VEINTICINCO MIL EUROS (25.000) actualizada, teniendo dicha cantidad la naturaleza de cuota del IBI o de aportaciones sociales, según sea el caso, de acuerdo con lo previsto en esta cláusula.*

*Sin perjuicio de todo lo anterior, desde el momento de inicio de las obras de construcción de la Planta y hasta el momento de su entrada en funcionamiento, la PROMOTORA se compromete a abonarle al AYUNTAMIENTO, en el plazo de los 30 días siguientes al vencimiento de cada anualidad desde la fecha de dicho inicio, una cantidad anual de VEINTICINCO MIL EUROS (25.000) en concepto de aportaciones sociales. El referido importe de VEINTICINCO MIL EUROS (25.000) será actualizable anualmente según el IPC desde la fecha de inicio de las obras de construcción de la Planta.”*

2º. La materialización del contenido de la cláusula sexta del convenio llega cuatro años después, con la modificación de la ordenanza acordada por el Pleno de la Corporación en sesión de \_\_ de \_\_\_\_ de 2012, siendo objeto de publicación, tal y como consta en los antecedentes en el BOP nº \_\_, de \_\_/\_\_/2012, la exposición pública del expediente, y en el BOP nº \_\_, de \_\_/\_\_/2012, el texto íntegro de la modificación, en los siguientes términos:

*“Modificación de la Ordenanza fiscal reguladora del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.*

*«Se agrega el siguiente párrafo al artículo 9.3.c)*

*• Bienes destinados a la producción de energía eléctrica y gas y al refino de petróleo y las centrales nucleares: 0,4%.*

*Se agrega al artículo 10 el apartado 6:*

*• Tendrán una bonificación del 90% de la cuota íntegra del impuesto, los bienes destinados a la producción de energía eléctrica y gas y al refino de petróleo y las centrales nucleares.*

*Para disfrutar de esta bonificación, el sujeto pasivo del impuesto deberá solicitarla, adjuntando a su solicitud la siguiente documentación:*

*1) N.I.F. del sujeto pasivo y, en su caso, de quien lo represente, así como el respectivo poder de representación.*

*2) La identificación catastral del inmueble a que su solicitud se refiere, pudiendo aportar, certificación catastral, copia del recibo o cualquier otro documento que permita determinarlos.*

*Las solicitudes presentadas desde el devengo del impuesto hasta la finalización del plazo de pago en periodo voluntario, surtirán efectos ese periodo impositivo y, en ningún caso, los efectos a que la bonificación se refiere pueden tener carácter retroactivo.*

*Concedida, en su caso, esta bonificación, la misma se incluirá en la matrícula y será aplicada en tanto no se alteren los presupuestos de hecho señalados.*

*La bonificación señalada en este apartado permanecerá vigente en tanto no se modifique o suprima.»*

*La presente modificación entrará en vigor el día \_\_ de \_\_\_\_ de 2013, siendo previa la publicación íntegra en el Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz, de su aprobación definitiva.”*

3º. La CE reconoce la potestad tributaria de las Corporaciones locales al disponer en el artículo 133.2 que “... podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes.” Refuerzan el poder impositivo local el principio de autonomía municipal, garantizado en por el texto constitucional en el artículo 140, y el principio de suficiencia financiera del artículo 142, conforme al cual “Las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas.” La determinación



legal de la potestad tributaria se contempla de modo general en el artículo 4 del LGT, quedando recogida particularmente para las entidades locales en el artículo 4.1.b) de la LBRL, que reconoce expresamente la potestad tributaria y financiera de los municipios, provincias e islas *“En su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias ...”*

La reserva de ley en la materia se ha llevado a cabo con carácter general en el artículo 8 de la LGT, en tanto que su materialización y alcance en el ámbito local se establece en el articulado (Títulos I, II y III) del TRLRHL. El significado de la reserva de ley y de la potestad tributaria derivada de los municipios supone en la práctica la posibilidad de imposición y ordenación de sus propios tributos (impuestos, tasas y contribuciones especiales), así como su modificación y derogación, con respecto a las figuras impositivas, características y limitaciones establecidas por la ley.

4º. El artículo 51 de la LBRL establece que *“Los actos de las Entidades locales son inmediatamente ejecutivos, salvo en aquellos casos en que una disposición legal establezca lo contrario o cuando se suspenda su eficacia de acuerdo con la Ley”*, en términos similares el artículo 37 de la LPACAP, pero referida a las Administraciones Públicas en general. Por su parte, el artículo 4 de la LBRL, establece que *“1. En su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios, las provincias y las islas: ... / ... g) La potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos.”*, posibilidad que se concreta en el artículo 106.1 de la LPACAP, al prever que *“1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.”*

En relación con ello, la Comisión Jurídica de Extremadura, en su reciente Dictamen 11/2019, de 20 de marzo, ha declarado:

*“El presupuesto general de la posibilidad de la revisión de oficio es que se trate de actos administrativos nulos, siempre de acuerdo con el citado artículo 47 de la Ley que recoge los supuestos de nulidad. No debe olvidarse que esta acción de nulidad está restringida a los supuestos más graves de antijuridicidad administrativa y que por su carácter excepcional, debe ser interpretada restrictivamente.*

*Concurriendo dicho presupuesto, la ley enfatiza el carácter obligatorio de la revisión: “declararán”; es decir, si la Administración considera que un acto es nulo de pleno derecho por estar incurrido en alguno de los supuestos del artículo 47.1 de la LPACAP, no tiene alternativa, debe declarar su nulidad, careciendo de discrecionalidad para valorar la oportunidad de decidir o no su anulación; no obstante, se deberán tener presentes los parámetros limitativos recogidos en el artículo 110 de la LPACAP.*

*Han de ser actos administrativos que agoten la vía administrativa o que, aun siendo susceptibles en su momento de recurso administrativo hubiesen devenido firmes por no*

*haber sido recurridos en plazo. Se refuerza con ello el carácter extraordinario de la revisión de oficio, de forma que cuando proceda otra vía de impugnación se ha de optar por ella.*

*Otra de las notas características del procedimiento de revisión de oficio es que no está sometido a plazo alguno ya que podrá declararse “en cualquier momento”; es decir, no existe plazo preclusivo para iniciar el procedimiento.”*

5°. Dándose el presupuesto para la revisión de oficio, las primeras reglas procesales para declarar la nulidad de un acto se encuentran en el citado artículo, que faculta para su inicio bien de oficio bien a solicitud de interesado, exigiéndose el previo dictamen del órgano consultivo de la comunidad Autónoma, en nuestro caso, la Comisión Jurídica de Extremadura, órgano que en relación con el procedimiento se ha pronunciado en dictamen anteriormente citado, en los términos siguientes:

*“Respecto al iter procedimental a seguir, han de aplicarse las reglas establecidas en el Título IV “De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común” de la LPACAP, con especial atención al trámite de audiencia al interesado (artículo 82).*

*La resolución del expediente de revisión deberá estar motivada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.1.b) de la citada LPACAP.*

*Destacar que siendo un procedimiento iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse la pertinente resolución producirá la caducidad del mismo, en virtud del artículo 106.5 del mismo texto legal.”*

A estos efectos nos remitimos a la “Guía de tramitación: solicitud de dictamen y resolución en relación a las competencias de la Comisión Jurídica de Extremadura” y a la “Nota informativa relativa a los asuntos que deberán ser consultados a la Comisión Jurídica de Extremadura tras la derogación de la ley del Consejo Consultivo de Extremadura”, disponibles en el enlace:

<https://ciudadano.gobex.es/web/administracion-local/consulta-ee.ll.-a-comision-juridica-de-extremadura>

Por último, hay que señalar que, conforme al artículo 22.2.j) de la LBRL, el órgano competente para acordar la revisión de oficio y la declaración de nulidad es el Pleno de la Corporación, al ser el órgano que adoptó el acuerdo objeto de la revisión, para lo que bastará el quórum de mayoría simple.

6°. Se pretende, como ha quedado expuesto, la revisión de oficio del acuerdo del Pleno de la Corporación de \_\_ de \_\_\_\_ 2008, mediante el que se aprueba la modificación de la cláusula sexta del convenio urbanístico y de colaboración para la implantación de una planta solar con la empresa \_\_\_\_\_, S.L., firmándose el convenio el día \_\_ de \_\_\_\_ del mismo año.

6.1. La primera causa de nulidad de pleno derecho se sustenta en el apartado a) del artículo 47 de la LPACAP (artículo 62.a) de la LRJPAC, entonces vigente), por vulneración del principio de igualdad tributaria garantizado por el artículo 31.1 de

la CE: “1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.”

Diccionario del español jurídico RAE-CGPJ define el principio de capacidad económica señalando que “... hace referencia a la posibilidad real o suficiencia de una persona física o jurídica para hacer frente a una obligación tributaria concreta exigida por una administración pública, como manifestación del deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento del gasto público mediante una ponderación justa de su capacidad contributiva que debe constituir en todo caso una manifestación de riqueza.” Entre los principios tributarios, la capacidad económica destaca a la hora de entender el funcionamiento y utilidad de nuestro sistema tributario, de manera que los ciudadanos pagarán en base a su riqueza y a los medios de los que disponen y actualmente resulta fundamental para el funcionamiento de cualquier sistema fiscal. Como declara el Tribunal Constitucional en Sentencia 194/2000, “... es evidente que en dicha finalidad contributiva debe necesariamente estar presente y que deben respetarse, entre otros, el principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 CE o, lo que es igual, el hecho imponible tiene que constituir una manifestación de riqueza, de tal manera que el medio que se articule para gravarlo guarde la debida correspondencia con el fin.”

También define el Diccionario del español jurídico RAE-CGPJ el principio de igualdad tributaria como “Principio que debe inspirar el sistema tributario y que supone la obligación a los obligados tributarios que se encuentran en la misma situación y desigualmente a los que están en situaciones diferentes.” Para el Tribunal Constitucional, Sentencia 193/2004, de 4 de noviembre, Fundamentos Jurídicos 3 y 4 (con abundante cita de otras), “Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, y, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deben ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (entre otras, SSTC 76/1990, de 26 de abril, F. 9, y 152/2003, de 17 de julio, F. 5.c). Esas desigualdades, para que generen una vulneración del derecho a la igualdad, no deben producirse «en supuestos puntuales», pues las Leyes en su pretensión de racionalidad se proyectan sobre la normalidad de los casos, sin que baste la aparición de un supuesto no previsto para determinar su inconstitucionalidad (SSTC 73/1996, de 30 de abril, F. 5, y 289/2000, de 30 de noviembre, F. 6).

.../...

En la materia tributaria es la propia Constitución la que ha concretado y modulado el alcance de su art. 14 en un precepto, el art. 31.1, cuyas determinaciones no pueden dejar de ser tenidas aquí en cuenta, pues la igualdad ante la Ley tributaria resulta indisoluble de los principios de generalidad, capacidad, justicia y progresividad, que se enuncian en el último precepto constitucional citado (entre otras, SSTC 27/1981, de 20 de julio, F. 4, y 46/2000, de 17 de febrero, F. 4). Efectivamente, dicho precepto constitucional dispone que «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad

*que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio». Esta recepción constitucional del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según la capacidad económica de cada contribuyente configura un mandato que vincula, no solo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos (STC 76/1990, de 26 de abril, F. 3) ya que, si los unos están obligados a contribuir de acuerdo con su capacidad económica al sostenimiento de los gastos públicos los otros están obligados, en principio, a exigir en condiciones de igualdad esa contribución a todos los contribuyentes cuya situación ponga de manifiesto una capacidad económica susceptible de ser sometida a tributación (STC 96/2002, de 25 de abril, F. 7).”*

Este supuesto puede analizarse tomando como referencia los antecedentes que constan el siguiente cuadro:

Valores referidos a 2019	URBANA	RÚSTICA	BICES
Tipo supletorio	0,4 por 100	0,3 por 100	0,6 por 100
Tipo mínimo	0,4 por 100	0,3 por 100	0,4 por 100
Tipo máximo	1,1 por 100	0,9 por 100	1,3 por 100
Tipo general vigente	0,59 por 100	0,6 por 100	0,4 por 100
Bonificaciones potestativas	Hasta el 90 por 100	-	Hasta el 90 por 100
Porcentaje establecido	50 por 100	-	90 por 100
Base liquidable	92.366.757,11 •	4.230.347,91 •	10.337.364,08 •
Cuota íntegra	544.964,00 •	25.382,10 •	41.349,46 •
Cuota tributaria	451.420,72 •	6.091,82 •	4.134,95 •
Coefficiente	0,0049	0,0014	0,0004

Resulta notorio que se están vulnerando los principios constitucionales de capacidad económica y de igualdad tributaria, por cuanto los sujetos pasivos de los bienes de naturaleza urbana, soportan una presión fiscal muy superior a la de la empresa propietaria de la planta, con respecto a la empresa propietaria de la planta, y ello incluso aunque no se quiera admitir la menor capacidad económica de los sujetos pasivos de los bienes de naturaleza urbana. Como puede verse, comparados con el titular de la planta, los sujetos pasivos del padrón de urbana soportan un coeficiente 12,25 veces más alto, en tanto que para los sujetos de rústica ese mismo coeficiente es 3,5 veces más alto (aunque realmente es muy superior, porque hay una exención de 18.500,58 euros, correspondiente a bienes del estado, la comunidad autónoma y el municipio), de manera que una vez descontado el importe exento el coeficiente se elevaría al 0,60 y resultaría 15 veces más alto.

6.2. La segunda causa de nulidad de pleno derecho se sustenta en el apartado b) del artículo 47 de la LPACAP (artículo 62.b) de la LRJPAC, entonces vigente). El compromiso establecido en la cláusula sexta del Convenio de 3 de septiembre de

2008, viene a establecer una congelación indefinida en el impuesto sobre bienes inmuebles, categoría de los bienes de características especiales (BICES) con un doble alcance:

- En el tipo de gravamen, de manera que se compromete “... *el tipo mínimo legalmente posible en cada momento (actualmente bien el 0,3% o bien el 0,4%)*”. Ténganse presente dos matices, que pueden comprobarse en el apartado anterior: 1, que el tipo mínimo de los BICES ha sido siempre del 0,4 por 100 (nunca del 0,3 por 100, tipo mínimo que solo es aplicable en los bienes de naturaleza rústica); y 2, que el tipo que se compromete está incluso por debajo del supletorio, fijado por la ley en el 0,6 por 100.

- En las bonificaciones, comprometiéndolo “... *cuantas reducciones y bonificaciones máximas resulten legalmente susceptibles de aplicación a la citada Planta en el ámbito de dicho Impuesto (actualmente hasta el 90% de la cuota íntegra del Impuesto para los BICES)*.” La bonificación a la que se refiere este apartado está regulada con carácter potestativo en el artículo 74.3 del TRLRHL, que remite a la ordenanza fiscal del impuesto para “... *especificar la duración, cuantía anual y demás aspectos sustantivos y formales relativos a esta bonificación.*”

Como puede apreciarse, el acuerdo de 21 de agosto de 2008 prevé una serie de compromisos que van más allá de la potestad tributaria municipal otorgada por la ley, imponiendo una regulación de tal naturaleza que trasciende el ámbito de su propia competencia, imposibilitando la posterior modificación del tipo de gravamen dentro de la horquilla cuyo establecimiento tiene reserva de ley, al tiempo que una bonificación, configurada legalmente como potestativa se convierte de facto en obligatoria, vedando su modificación, salvo que sea para incrementar su porcentaje, en cuyo caso debe acometerse de manera imperativa. Resulta ostensible que lo acordado por el Ayuntamiento no forma parte del contenido de la autonomía municipal ni de su propia potestad tributaria; ya que es objeto de la reserva de ley en materia tributaria garantizada por el artículo 133 de la CE. De manera que el Ayuntamiento ha venido a establecer unas limitaciones que, sin soporte legal alguno, supondrían la imposibilidad material de llevar a cabo modificaciones en el impuesto dentro del disponible determinado legalmente, en cuanto a la fijación de tipos de gravamen, previstos en el artículo 72 del TRLRHL, y de las bonificaciones potestativas, establecidas en el artículo 74 de la misma norma, vulnerando además lo establecido en el artículo 8, apartados a) y d) de la LGT, que reservan a la ley la regulación de los tipos de gravamen y de las bonificaciones, respectivamente.

Este es el informe de la Oficialía Mayor (Asistencia y Asesoramiento Jurídico Local) en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otras informaciones que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete esta nota informativa a cualesquiera otro asesoramiento mejor fundado en Derecho.



# **REINTEGRO DE GASTOS POR EJECUCIÓN SUBSIDIARIA EN EXPEDIENTE DE RUINA CON RENUNCIA A LA HERENCIA DE LOS HEREDEROS**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sra. Alcaldesa- Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

## **HECHOS. ANTECEDENTES**

Escrito de la Sra. Alcaldesa- Presidenta del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ sobre el asunto epigrafiado, acompañando al mismo expediente municipal instruido al efecto

## **FONDO DEL ASUNTO**

**PRIMERO.-** No resulta del todo infrecuente la situación que aquí se plantea, sobre todo cuando se trata de edificaciones antiguas, cuyo titular ya falleció y se desconocen sus posibles sucesores o incluso se ignora la propiedad del inmueble o como es el caso, conocidos los herederos estos renuncian a la herencia del “*de cuius*”.

Una vez tramitado el expediente oportuno y declarada la ruina , siendo firme la resolución de la Alcaldía que la declare, procederá en su caso la ejecución subsidiaria de la orden de demolición, resultando ésta incumplida. Los gastos que dicha ejecución subsidiaria conlleve se cobrarán por la vía de apremio y con cargo al inmueble y edificio declarado en ruina . Según el artículo 102 de la Ley 39/1992, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas -LPACAP-, el importe de los gastos, daños y perjuicios que resulten de la ejecución subsidiaria se reintegrarán llegado el caso siguiendo el procedimiento previsto en las normas reguladoras del procedimiento recaudatorio en vía ejecutiva.

**SEGUNDO.-** Por otro lado, y como consecuencia de la renuncia acreditada de los herederos del anterior titular del inmueble sobre el que el Ayuntamiento ha actuado en régimen de ejecución subsidiaria, dicho inmueble pasaría a la propiedad del Estado, por cuando se trata de inmueble vacante o sin dueño conocido, y hay que recordar que la legislación de patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre), en su artículo 17 (precepto de aplicación general, con arreglo a la Disposición Final 2ª de esta misma Ley) se prevé, dentro de la adquisición de bienes y derechos que:

«1. Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño.

2. La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración

General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquélla a través de los trámites prevenidos en el párrafo d del artículo 47 de esta Ley.

3. La Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero.

4. Si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil».

En efecto según el artículo 957 del Código Civil «los derechos y obligaciones del Estado, así como lo de las instituciones o Entidades a quienes se asignen las dos terceras partes de los bienes, en el caso del artículo 956, serán los mismos que los de los demás herederos, pero se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, a los efectos que enumera el artículo 1.023».

Es decir, en caso de que la herencia tuviera deudas, el estado nunca responderá de ellas, sino que se pagarán con los bienes de la herencia y si tras abonarlas quedara algo, esto corresponderá al Estado

Por su parte, el artículo 958 del Código Civil establece que: «Para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios habrá de proceder declaración judicial del heredero, adjudicándose los bienes por falta de herederos legítimos».

Lo dispuesto en el Código Civil deberá completarse por lo previsto en la reseñada Ley 33/2003, de 3 de noviembre, la cual prevé en el apartado 6 de su artículo 20 que «La sucesión legítima de la Administración General del Estado se regirá por el Código Civil y disposiciones complementarias», y especialmente en el Real Decreto 1.373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones Públicas, el cual derogó el Decreto de 13 de agosto de 1971.

Por último señalar con relación a la sucesión a favor del Estado, que se ha planteado si el Estado puede repudiar la herencia. En este sentido se han manifestado opiniones discrepantes. La opinión mayoritaria considera que el Estado No puede renunciar, dado que el Estado como heredero desempeña una función de interés público, irrenunciable, que se basa en la idea de que los bienes no queden vacantes; el artículo 956 no dice que el Estado tenga derecho a heredar, sino que de manera categórica afirma que «heredará»; y ningún precepto prevé la renuncia por parte del Estado.

**TERCERO.-** En cuanto a la recaudación de los gastos originados por la ejecución subsidiaria de las obras, y a la vista de lo actuado por el Ayuntamiento que



interesa el presente, hay que recordar lo dispuesto por el artículo 108 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria -LGT-, que en su apartado 3º establece que:

«La Administración tributaria podrá considerar como titular de cualquier bien, derecho, empresa, servicio, actividad, explotación o función a quien figure como tal en un registro fiscal o en otros de carácter público, salvo prueba en contrario».

En este caso, en la copia del expediente remitida por el Ayuntamiento consta que, una vez localizados los descendientes del titular fallecido, éstos comunican al Ayuntamiento que renuncian ante Notario mediante escritura pública a heredar la referida vivienda. Entendemos, por lo tanto, que el Ayuntamiento, si los herederos han repudiado la herencia, como es el caso, ésta se encontraría vacante y sus bienes le corresponderían al Estado, que a todos los efectos se considerará por tanto propietario del inmueble, y a él habrá que dirigirse, conforme dejamos señalado en el punto anterior de este informe.

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 \_\_\_\_\_ advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.



# LICENCIA O AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LLEVAR A CABO DIVISIÓN HORIZONTAL DE UN INMUEBLE

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

## ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha \_\_ de \_\_ de 2019 (Nº Registro ORVE REGADE 19s0000 \_\_\_\_\_), el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ dirige escrito mediante el que solicita informe jurídico en relación con el siguiente asunto: *“Adjunto remito escrito de la notaría de \_\_\_\_\_ en el que nos solicita certificado de la necesidad de autorización administrativa para la División horizontal de un inmueble con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial y Urbanística Sostenible, para que nos indiquen, si tiene a bien, el sentido en el que debemos contestar.”*

- Requerido el escrito al que se hace referencia en la solicitud, se remite con fecha \_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019 (Nº Registro ORVE REGADE 19s0000 \_\_\_\_\_), en el cual El Sr. Notario de \_\_\_\_\_, en nombre y representación de \_\_ y \_\_, solicita: *“Que el Excmo. Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, certifique si era necesaria licencia o autorización administrativa, para llevar a cabo la división horizontal de un inmueble conforme a la normativa urbanística urbanística aplicable en el municipio de \_\_\_\_\_, con anterioridad a la entrada en vigor de la LEY 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística de Extremadura, el 27 de junio de 2019.”*

## LEGISLACIÓN APLICABLE.

- Constitución Española de 1978.
- Código Civil (CC).
- Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (TRLSRU).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).
- Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (LPH).
- Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial y Urbanística Sostenible (LOTUS), vigente a partir del 27/06/2019.

- Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, modificada por la Ley 9/2010, de 18 de octubre (LSOTEX), vigente hasta el 27/06/2019.

- Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (RD 1.093/1997).

- Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto 2.187/1978, de 23 de junio (RDU).

## FONDO DEL ASUNTO.

1º. Debe entenderse que la petición que realiza el Sr. Notario se encuadra dentro de lo previsto en el apartado 4 del artículo 27 del TRLSRU: *“4. Con ocasión de la autorización de escrituras públicas que afecten a la propiedad de fincas o parcelas, los notarios podrán solicitar de la Administración Pública competente información telemática o, en su defecto, cédula o informe escrito expresivo de su situación urbanística y los deberes y obligaciones a cuyo cumplimiento estén afectas. Los notarios remitirán a la Administración competente, para su debido conocimiento, copia simple en papel o en soporte digital de las escrituras para las que hubieran solicitado y obtenido información urbanística, dentro de los diez días siguientes a su otorgamiento. Esta copia no devengará arancel.”*

2º. En relación con la función certificante conviene con carácter previo realizar alguna consideración:

1. Los artículos 92.bis.1.a) de la LBRL y 2.1.a) y 3 del RD 128/2018, disponen que en todas las Corporaciones Locales existirá un puesto de trabajo denominado Secretaría al que corresponde la responsabilidad administrativa de las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, con el alcance y contenido previsto en este Real Decreto. De las expresadas funciones interesa aquí la de fe pública, cuyo contenido y alcance se precisa en el artículo 3.2, que comprende entre otras la facultad de *“f) Certificar todos los actos o resoluciones de la Presidencia y los acuerdos de los órganos colegiados decisorios, así como los antecedentes, libros y documentos de la Entidad Local.”*

En esa línea, el artículo 204 del ROF limita la fe pública certificante a *“Las certificaciones de todos los actos, resoluciones y acuerdos de los órganos de Gobierno de la entidad, así como las copias y certificados de los libros y documentos que en las distintas dependencias existan, se expedirán siempre por el Secretario, salvo precepto expreso que disponga otra cosa.”*

2. Los actos de certificación son declaraciones de ciencia que entrañan representación o reproducción de un acto ya existente o un acto ya formado o un evento producido. A través del acto de certificación se declara jurídicamente cierto

cuanto en el mismo se contiene. Acreditan un hecho o el contenido de otro documento y como tales, pertenecen a lo que la doctrina ha llamado “fe derivativa” en cuanto exige previa constancia de lo que se certifica. La facultad certificante tiene como base siempre un documento o expediente que obra previamente en las dependencias municipales por razón de las competencias que se atribuye a las Corporaciones Locales, dándose fe de su existencia y contenido. Si el documento no existe falta la base de la fe pública del Secretario y no puede ser objeto de certificación, pues no puede darse fe pública de lo que en realidad no existe.

3. No es infrecuente que particulares e, incluso, otras Administraciones interesan un certificado de Secretaría sobre cuestiones diversas y que obligarían a los titulares de ese puesto a solicitar informes previos que le permitan certificar. A ese respecto, la jurisprudencia ha entrado a analizar la validez de esas certificaciones, concluyendo que no poseen la verdadera naturaleza certificante, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1980, en la que se recuerda que “... *para que un documento expedido por el Secretario de un Ayuntamiento pueda ser calificado de «certificación» y por lo tanto, de documento público, debe referirse a unos libros, documentos o archivos que existan en la Corporación y de los cuales se puedan extraer los datos interesados, o en su caso, que no constan o los documentos o los datos, pero sin que pueda extenderse el concepto de «certificación» y por lo tanto, de documento público, a aquellos que se crean con objeto de recoger por escrito manifestaciones verbales hechas ante el Secretario ...*”

Es evidente que la certificación que se pide escapa claramente del ámbito propio de la función certificante, al no versar sobre actos, resoluciones, acuerdos antecedentes o documentos existentes en el Ayuntamiento, puesto que lo que se pide no es otra cosa que la expresión de una opinión jurídica en torno a una cuestión concreta, ajena por tanto a la fe pública certificante.

3º. Las licencias autorizatorias de parcelaciones y las certificaciones declaratorias de la innecesariedad de aquéllas, se regulaban con anterioridad a la entrada en vigor de la LOTUS en el artículo 39.3 de la LSOTEX a los efectos de determinar la condicionalidad de su expedición y su régimen de caducidad. Conviene destacar que son conceptos distintos, si bien cumplen una misma finalidad de control de los actos de parcelación, división y segregación, de manera que la licencia determina la autorización de la parcelación urbanística del suelo, en tanto que la certificación de innecesariedad está referido, precisamente, a aquellos supuestos en los no existe parcelación urbanística, en los términos definidos en el apartado 1 del mismo precepto. Como sabemos la LSOTEX no concretaba los actos de división que no precisarían licencia de parcelación (con la salvedad de lo expresado al final del artículo 180.1.a) y que, de conformidad con el artículo 78 del RD 1093/1997, deberían despacharse por tanto a la vista del correspondiente certificado de innecesariedad; no obstante, la doctrina urbanística ha venido aceptando comúnmente tres supuestos, referidos a la aprobación de proyectos de reparcelación o expropiación, la ejecución de infraestructuras y dotaciones públicas y la distinta clasificación o calificación en una misma parcela. El caso es que el legislador extremeño sí ha abordado la cuestión en el artículo 148.11 de la vigente LOTUS, que enumera los siguientes supuestos:

- «En el supuesto de parcelaciones incluidas en proyectos de reparcelación.
- La parcelación en suelo urbano destinada a cumplir el deber de cesión de terrenos para uso dotacional en cumplimiento de las determinaciones del planeamiento.
- La parcelación o división provocada directamente por el planeamiento al incluir la finca matriz en diferentes clases o categorías de suelo, sujetando una misma parcela a diferentes regímenes jurídicos.
- Ante el supuesto de una parcelación ilegal que resulte inatacable por transcurrir el plazo máximo legal previsto para ello.
- Ante procedimientos de concentración parcelaria o similares aprobados por la Administración con la finalidad de utilización y explotación agrícola, ganadera, forestal, cinegética o análoga.»

Además de lo ya señalado en el apartado anterior, como puede observarse, la certificación instada no encuentra encaje entre los supuestos tradicionalmente admitidos por la doctrina ni tampoco entre los establecidos en el transcrito apartado 11 del artículo 148 de la LOTUS.

4°. En todo caso, el centro del debate que se nos propone no es otro que si en la fecha referida (es decir antes de la entrada en vigor de la LOTUS) la división de la propiedad horizontal estaba o no sujeta a licencia o autorización.

El artículo 180.1 de la LSOTEX somete a la obtención de licencia urbanística de obras, edificación e instalación “a) Las parcelaciones o cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo, no incluidas en proyectos de reparcelación.” Corresponde por tanto determinar los conceptos legales de finca y de predio, con el fin de determinar si uno u otro incluye la propiedad horizontal. Pues bien, la norma básica estatal, el TRLSRU, determina en el artículo 26.1.a) que constituye “a) Finca: la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral.” Por el contrario (si nos atenemos a la definición contenida en el artículo 15 bis, apartado p), del Reglamento de dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril), predio es aquella “porción de terreno delimitada cuya propiedad pertenece a una sola persona o a varias en pro indiviso.” Vemos por tanto como claramente el legislador autonómico somete a licencia urbanística no solo el suelo sino también las edificaciones.

5°. En atención a lo señalado anteriormente, se extraen las siguientes conclusiones:

- La petición que realiza el notario debe considerarse en los términos del artículo 27.4 del TRLSRU.
- Resulta improcedente la expedición de la certificación solicitada.

- No hay inconveniente en contestar la misma como si de una consulta se tratara, informando que los actos de división horizontal llevados a cabo con anterioridad a la entrada en vigor de la LOTUS estaban sometidos a licencia urbanística, de conformidad con lo establecido en el artículo 180.1.a) de la entonces vigente LSOTEX.

Este es el informe de la Oficialía Mayor – Área de Cooperación Municipal, en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.





# LICENCIA DE OBRA DE UNA NAVE EN SU, VINCULADA A ACTIVIDAD AGRÍCOLA

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente INFORME

## ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha \_\_ de diciembre de 2019 (NA \_\_\_\_\_), se recibe en la Oficialía Mayor escrito del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, mediante el que solicita informe jurídico en relación con el siguiente asunto: *“En una solicitud de licencia urbanística para la construcción de una nave agrícola:*

1. *Quien informa sobre la vinculación de la construcción a la actividad agrícola.*
2. *Qué documentación se debe requerir para poder valorar la citada vinculación.*
3. *Informe sobre si con la documentación adjunta se considera vinculada la construcción con el fin de poder otorgar la licencia según lo dispuesto en le artículo 67.3 de la Lotus.”*

- Junto con el escrito se acompaña abundante documentación entre la que cabe destacar la que se relaciona a continuación:

- Proyecto de ejecución de Nave en Bruto, en Polígono \_\_, Parcela \_\_, del TM de \_\_\_\_\_ (Badajoz), redactado por Arquitecto Técnico colegiado nº \_\_, del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Badajoz.

- Informe Técnico desfavorable, emitido por la Arquitecta Técnica Municipal.
- Documentación diversa acreditativa de la realización de una cierta actividad agraria por parte del promotor de la obra.

## LEGISLACIÓN APLICABLE.

- Constitución Española de 1978.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (TRLSRU).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

- Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial y Urbanística Sostenible (LOTUS), vigente a partir del 27/06/2019.

- Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL).

- Normas Subsidiarias (NNSS) de \_\_\_\_\_ (aprobación definitiva DOE nº \_\_\_\_, de \_\_/\_\_/2000).

## **FONDO DEL ASUNTO.**

1º. Conforme al artículo 84 de la LBRL “1. Las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios:

- *Ordenanzas y bandos.*
  - *Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma.*
  - *Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*
  - *Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.*
  - *Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.*
2. *La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue.*
3. *Las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones Públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales.”*

Más concretamente, la normativa sectorial urbanística aplicable recoge esos mismos medios de control en el artículo 143.2 de la LOTUS: “2. *El control administrativo de las actividades se gradúa atendiendo al momento y al alcance de su intervención:*

- *Licencia: autorización administrativa por la que se permiten de forma expresa las actividades urbanísticas descritas, se otorgan con anterioridad a la realización de la actividad, y suponen un control administrativo de su adecuación a la legalidad urbanística.*
- *Comunicación previa: aquel documento mediante el que las personas interesadas ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho.*

• *Declaración responsable: documento suscrito por una persona interesada en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.*

• *Inspección urbanística: intervención administrativa que se produce con posterioridad a la realización de las actividades sujetas a licencias, comunicaciones previas, declaraciones responsables, a lo largo de toda su vida útil.*

• *Protección de la legalidad urbanística: intervención administrativa que se produce con posterioridad a la realización de la actividad urbanística, cuando se infrinjan las determinaciones legales vigentes, las licencias urbanísticas otorgadas, cuando las comunicaciones o declaraciones no cumplen el referido marco legal, o se incumpla cualquier determinación de regulación urbanística.”*

*Por su parte, el apartado 3 del mismo precepto atribuye al municipio la competencia de control administrativo de las actividades urbanísticas “... en la implantación de actividades sujetas a licencias, comunicaciones, y declaraciones responsables. Las inspecciones urbanísticas ulteriores a la implantación de las actividades. Las actuaciones de protección de la legalidad urbanística a consecuencia dichas actividades, a excepción de las que se por su alcance se reserve la comunidad autónoma.”*

2º. En cuanto al procedimiento, en tanto que el artículo 145.1 de la LOTUS remite a lo establecido en la legislación sectorial aplicable y la de procedimiento administrativo común, el artículo 147.1 prevé que *“1. La iniciación, instrucción y resolución del procedimiento para el otorgamiento de la licencia se regulará por las correspondientes ordenanzas municipales, de acuerdo con lo dispuesto en esta ley, cuya regulación se aplicará, en todo caso, con carácter supletorio.”* De manera que corresponde al municipio determinar el procedimiento y requisitos y, para el caso que no lo hiciere, el apartado 2 y siguientes del último precepto citado establecen las reglas procedimentales que, en todo caso, deberán respetarse. Interesan especialmente al caso que se nos propone los apartados 2 y 4, que regulan, respectivamente, la documentación y los informes que debe incorporarse al expediente.

El primero de los citados apartados en último término determina que el inicio del procedimiento se realiza a instancia de la persona interesada, debiendo acompañarse memoria descriptiva de la actuación sujeta a licencia o de los proyectos técnicos correspondientes, así como las autorizaciones concurrentes exigidas por la legislación sectorial que resulte de aplicación. A este respecto, conviene recordar de nuevo el concepto legal de licencia establecido por el artículo 143.2.a) de la LOTUS: autorización administrativa por la que se permiten de forma expresa las actividades urbanísticas descritas. En definitiva, será el propio solicitante el obligado a describir en la instancia la actuación para la que pide la correspondiente licencia, petición que deberá ser congruente con lo que al respecto se determine en la

correspondiente memoria descriptiva o proyecto técnico, para lo que no en balde el artículo 159 regula la responsabilidad de las técnicas y técnicos redactores de proyectos, estableciendo que “La persona en ejercicio de su actividad profesional autora de la documentación técnica en que se fundamente la solicitud de licencia, la comunicación previa y la declaración responsable responderá a los efectos que procedan legalmente, de la exactitud y veracidad de los datos de carácter técnico consignados en ella.”

Por tanto, presentada la instancia con descripción de la actuación no resulta procedente que el Ayuntamiento ponga dudas, salvo que se detecten errores en la solicitud o que lo solicitado difiere de lo descrito en la memoria o proyecto, en cuyo caso procederá la práctica del correspondiente requerimiento para subsanación o aportación de documentación complementaria. Si no fuera el caso, el Ayuntamiento, a la vista de los informes correspondientes, deberá limitarse a conceder o denegar la licencia solicitada. Ello sin perjuicio de que las ordenanzas municipales, conforme al citado artículo 147.1 de la LOTUS, establezcan otras exigencias; en relación con ello, el artículo 43 de la reglamentación de las NNSS-\_\_\_\_\_, en relación con las licencias de Edificación (Obra Mayor) no determina más especialidad procedimental que la exigencia de presentación “... de un Proyecto de Edificación suscrito y visado por técnicos competentes ajustado a las Normas Generales de la Edificación de este documento y a las Ordenanzas específicas que afecten a la parcela.”, añadiendo el artículo 47, sobre Licencias de obra en suelo no urbanizable, “Para edificaciones que tengan relación con la explotación agrícola de una finca y las vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas, la concesión de la licencia seguirá igual tramitación a la contenida en el artículo 42, correspondiendo al Ayuntamiento de forma exclusiva su concesión o denegación.”

Por lo que respecta al apartado 4 del artículo 147 de la LOTUS, regula los informes que preceptivamente deben incorporarse al expediente, señalando al respecto:

“4. Con carácter previo a la resolución o acuerdo municipal que ponga fin al procedimiento, deberán emitirse los informes técnico y jurídico que formarán parte del expediente administrativo y que podrán ser emitidos por los propios servicios técnicos municipales o bien por otros servicios de apoyo, como son las Oficinas Técnicas Urbanísticas o el servicio de asistencia técnica de las Diputaciones Provinciales, o por algún organismo oficial colegiado o de acreditación técnica.

Los informes técnico y jurídico deberán concluir con un pronunciamiento claro y preciso que permita al órgano municipal competente adoptar una resolución ajustada al ordenamiento jurídico.

El informe técnico deberá confrontar la actuación con la ordenación aplicable y comprobar su adecuación a las normas urbanísticas. El informe jurídico contendrá una enumeración de hechos, la relación de disposiciones legales aplicables y un juicio jurídico sobre el acomodo a la legalidad del proyecto o actuación que se pretende, así como sobre la adecuación del procedimiento.”

Son, por consiguiente, dos los informes que hay que incorporar al expediente: técnico y jurídico. El contenido de uno y otro será el determinado en el transcrito párrafo tercero, conforme al cual corresponde al informe técnico determinar si la actuación es conforme o no con la ordenación aplicable y comprobar o no su adecuación a las normas urbanísticas. Es en esa comprobación en la que, a la vista de la descripción contenida en la solicitud y de los antecedentes unidos a la misma, el técnico debe determinar si existe o no la vinculación de la construcción a la actividad que sea conforme a su naturaleza, que en este caso concreto parece estar referida exclusivamente a la explotación agrícola, que se realiza en la parcela en la que se va a construir la nave.

3º. Al regular los usos y actividades en suelo rústico, el artículo 67 de la LOTUS, viene a graduar una serie de usos en atención a su alcance e intensidad, con respecto a la naturaleza de los terrenos sobre los que se pretendan implantar: naturales, vinculados, permitidos, autorizables y prohibidos, que se podrán hacer efectivos de manera paulatina. Con respecto a los usos vinculados, el apartado 3 del citado precepto señala que “3. *Se consideran usos vinculados los que expresamente determine el planeamiento, de entre los siguientes:*

- *La explotación agropecuaria, forestal, cinegética, piscícola o análoga, conforme a la naturaleza del terreno, realizando obras, edificaciones, construcciones o instalaciones sujetas a control urbanístico por exceder el alcance limitado de los actos ordinarios que caracterizan los usos naturales, excluyendo la actividad de transformación de productos.*

- *Residencial autónomo vinculado a explotación agrícola, ganadera, silvícola, cinegética y análogas, que proporcionalmente se requiera para su desarrollo y cuya permanencia queda vinculada al mantenimiento efectivo de la explotación servida.”*

Se trata por tanto de determinar si el uso consistente en la construcción de una nave en bruto es conforme con lo señalado en el subapartado a), toda vez que es evidente que una nave en bruto no se encuentra incluida en modo alguno en los usos residencial al que se refiere el subapartado b). En primer lugar hay que tener presente que el precepto en cuestión remite a lo que expresamente determine el planeamiento. Al respecto, el artículo 16.B, recoge la siguiente regulación:

*“El contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria se integra, según el Texto Refundido de la Ley del Suelo, artículo 23, mediante la adquisición sucesiva de los siguientes derechos:*

*.../...*

*B.– En Suelo No Urbanizable.*

*B.1.– En los terrenos clasificados por estas Normas como Suelo No Urbanizable, los propietarios podrán destinarlos a uso agrícola, forestal, ganadero, cinegético y, en general, a cualquiera de los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales, conforme a lo establecido en la legislación que los regula.*

*B.2.– Con relación a las construcciones e instalaciones autorizables en este suelo, serán las determinadas por la legislación vigente, garantizándose en todo caso la preservación del mismo frente al proceso de desarrollo urbano.*

*B.3.– Así mismo existen en estas Normas, áreas de Protección Especial que limitan los Derechos de los propietarios del suelo, con objeto de evitar cualquier utilización que implique transformación de su destino o naturaleza, lesione el valor específico que se desea proteger o infrinja el régimen limitativo establecido por el Planeamiento Urbanístico.”*

Además, habrá que estar a lo establecido con carácter general en el Título VI, que recoge la normativa en el suelo no urbanizable (artículos 169 a 210), entre las que particularmente interesan las condiciones de uso establecidas en el artículo 172 que, entre otros usos, autoriza expresamente las “*Edificaciones destinadas a explotaciones agropecuarias.*”

En principio todo parece indicar que la construcción de una nave agrícola en suelo no urbanizable es uso permitido por el planeamiento municipal, siempre que se den las condiciones exigidas al respeto, a salvo de cualquier otra limitación determinada, en su caso, por estar sometida la zona a alguno de los regímenes de especial protección previstos en los artículos 184 y siguientes de las NNSS-\_\_\_\_\_, o a cualquier otra condición determinada por el planeamiento.

4º. Por último, se considera conveniente dejar constancia de que el procedimiento de licencia debe moverse dentro de las reglas establecidas tanto por la normativa de ordenación territorial y urbanística como por el planeamiento municipal vigente, de manera que si lo que se pretende llevar a cabo es conforme con una y otro debe otorgarse la licencia solicitada; de contrario, si no existe esa conformidad entre lo que se pretende llevar a cabo y la normativa o el planeamiento, ineludiblemente la licencia debe ser denegada.

También conviene recordar que la Administración tiene medios de reacción para el caso de que, concedida una licencia, la ejecución de las obras no se acomode a la misma, tales como la inspección urbanística o los mecanismos de protección de la legalidad a los que se refieren los apartados d) y e) del artículo 143.2 y 171 y siguientes de la LOTUS.

5º. En atención a lo señalado anteriormente, se extraen las siguientes conclusiones:

- La vinculación de la construcción pretendida a la actividad agrícola debe deducirse de la propia solicitud y de la documentación técnica exigible por la LOTUS con las especialidades determinadas por el planeamiento municipal, debiendo ser analizada tal cuestión en el informe técnico.

- Debe incorporarse al expediente la documentación exigida por los artículos 147.2 de la LOTUS y 47 de las NNSS-\_\_\_\_\_.

• Corresponde al técnico municipal informar sobre si la construcción de la nave en cuestión es un uso vinculado a la naturaleza del terreno sobre el que se pretende establecer.

Este es el informe de la Oficialía Mayor – Área de Cooperación Municipal, en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.





## LEGISLACIÓN

- Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.
- Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).
- Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.
- Real Decreto 763/1979, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).
- Ley 2/2003, de 13 de marzo, de la Convivencia y el Ocio de Extremadura (LCOEX).
- Decreto 19/1997, de 4 de febrero, de Reglamentación de Ruidos y Vibraciones
- Orden de 16 de septiembre de 1996, de la Consejería y Trabajo de la Junta de Extremadura, por la que se establecen los Horarios de Apertura y Cierre de los Establecimientos, Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas.
- Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LROPJ).
- Texto Refundido de Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).
- Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).
- Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA).
- Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura (LSOTEX).
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).
- Ley 2/2008, de 16 de junio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura (LPEX).
- Ley 6/2015, de 24 de marzo, Agraria de Extremadura (LAEX).
- Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1.372/1986, de 13 de junio (RBEL).

- Decreto 2.263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria (RPSM).

- Ley 33/2007, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

- Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (TRLSRURU).

- Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

- Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por el Real Decreto 2.187/1978, de 23 de junio (RDU).

- Código Civil (CC).

- RD 817/2009, por el que se desarrolló parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

- Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1.098/2001.

- RD Leg 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL).

- Ley 2/2012, de 27 de abril, Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF).

- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

- Reglamento General del Régimen Sancionador Tributario, aprobado por el Real Decreto 2.063/2004, de 15 de octubre.

- Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, modificado por el Real Decreto 64/1994, de 21 de enero.

- Decreto 90/2001, de 13 de junio, por el que se crean las Comisiones Provinciales de Patrimonio Histórico, modificado por el Decreto 191/2013, de 15 de octubre.

- Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición (LODP).

- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LT).

- Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos (LTPP).

- Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

- Real Decreto 1.174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de carácter nacional.

- Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, que aprueba el Estatuto de Autonomía de Extremadura.
- Decreto Ley 3/2012, de 19 de octubre, de Estímulo de la Actividad Comercial en Extremadura.
- Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes de Liberalización del Comercio y de Determinados Servicios.
- RD Ley 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP).
- Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios en el Mercado Interior.
- Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM).
- Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio.
- El Real Decreto Ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden Créditos Extraordinarios y Suplementos de Crédito en el Presupuesto del Estado y se adoptan otras Medidas en Materia de Empleo Público y de Estímulo a la Economía.
- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.
- RD 598/1985, de 30 de abril, sobre Incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes.
- RD Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad.
- Decreto 218/2009, de 9 de Octubre de los Policías Locales de Extremadura.
- Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOCFS).
- Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía.
- Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional.
- Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 (Ratificada el 20-01-1988).
- 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.

- Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).
- Ley 1/90 de 26 de abril, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Orden de 18 de enero de 1967 por la que se establecen Normas para la Aplicación y Desarrollo de la Prestación de Vejez en el Régimen General de la SS.
- Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social.
- Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura.
- Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD legislativo 2/2000.
- Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- RD 2.064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.
- Ley 7/2017, de 1 de agosto, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura (LCPLEX).
- Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.
- Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local (LMMGL).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el Código Penal (CP).
- Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP).
- Real decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el Régimen de las Retribuciones de los Funcionarios de Administración Local.
- Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado.
- Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (LGPE/17).
- Decreto 107/2013, de 25 de junio, por el que se modifica el Decreto 43/1996, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Provisión de

Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

- Ley 5/2002, de 23 de mayo, de Protección de los Animales de Extremadura.
- Ley 25/2009, de 27 de diciembre que modifica la Ley 23/1992, de 30 de junio, de Seguridad Privada.
- La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos.
- Instrucción 1/2006 de 8 de noviembre sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o video cámaras, dictada por la Agencia de Española de Protección de Datos.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).





