

**ASUNTO: ORGANIZACIÓN.**

Petición de concejal a efectos de que el Ayuntamiento se haga cargo de la indemnización a satisfacer por aquel derivada de responsabilidad civil impuesta por sentencia en vía penal

85/10

EP

INFORME

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha ___ de febrero y entrada en esta Institución Provincial el día ___ de marzo del año en curso , el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de _____ interesa informe sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

" Mediante el presente, adjunto se remite copia de escrito presentado ante este Ayuntamiento, por _____ (Concejal de este Ayuntamiento), mediante el cual solicita que el Ayuntamiento se haga cargo del pago de la cuota de responsabilidad civil que le ha sido impuesta por fallo judicial, al considerar que el Ayuntamiento es el responsable, a efectos de que se expida el correspondiente informe al respecto."



II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del 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)
- Código Penal (CP)
- 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)

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERO.- Según el artículo 121 del CP «*El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla, el Municipio y demás Entes Públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.*

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.»

Este precepto establece la **responsabilidad civil ex delicto** directa de autoridades y personal al servicio de la corporación siempre que sean declarados penalmente responsables, y subsidiaria de la Administración, en defecto de solvencia del infractor, siempre y cuando la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos.



Además, podemos señalar que hoy, con carácter general, la exigencia de responsabilidad penal a los alcaldes y concejales se fundamenta en tres grupos de causas:

- a) por un lado, en la adopción de decisiones políticas que se estiman viciadas, en mayor o menor medida, de ilegalidad;
- b) por otro, en la comisión de actos (positivos u omisivos) que ocasionan a los particulares perjuicios personales o materiales,
- c) por último en el funcionamiento incorrecto o negligente de los servicios públicos municipales.

La realidad demuestra que la generalización de procesos penales contra corporativos locales se fundamenta principalmente en los dos últimos grupos de causas.

SEGUNDO.-El artículo 78.1 de la LBRL establece un principio general de responsabilidad penal de los corporativos locales, estableciendo que: *«Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable.»*

En idéntico sentido se pronuncia el artículo 22 del ROF, pero ni uno ni otro artículo pueden fundamentar la criminalización de las conductas ilícitas de alcaldes y concejales, por lo que puede concluirse que la exigencia de responsabilidad que en el mismo se declara no se extiende a todas las acciones u omisiones que puedan imputarse a los miembros de las corporaciones locales en el ejercicio de sus cargos, sino sólo a aquellas cuya punición pueda instrumentarse a través de las concretas figuras delictivas que tipifica el ordenamiento penal.

El artículo 78.3 posibilita que las Entidades Locales puedan dirigirse contra sus miembros para exigirles responsabilidad cuando por dolo o culpa grave de estos se hubieran causado daños y perjuicios bien a la Corporación, bien a terceros a los que se hubiera indemnizado por esta causa.

Con un contenido paralelo, el artículo 60 del TRRL establece que las Autoridades, al igual que los funcionarios que adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones legales, estarán obligados a indemnizar a las Corporaciones Locales (no se refiere a terceros) por los daños y perjuicios consecuencia de aquellos. Pero en este caso, no solo cuando medie dolo o culpa grave, sino también en



los casos de culpa leve o incluso de negligencia. Y ello sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir.

Por tanto, hay que destacar que la responsabilidad penal que ahora se analiza debe derivar exclusivamente de los hechos delictivos (infracciones penales, como omnicomprendidas de delitos y faltas: SSTs. 26/09/1997 y 24/10/1997) realizados con ocasión del ejercicio de su cargo, quedando al margen de esta específica responsabilidad penal los delitos que puedan cometer de forma no vinculada al ejercicio de aquél.

TERCERO.-El derecho a que la Administración Pública se haga cargo de los gastos y costes derivados de aquellos procedimientos en los que sean parte los miembros de las Administraciones Públicas, aparece reconocido, con respecto a los funcionarios públicos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. El artículo 14 de esta Ley afirma que:

«Los empleados Públicos tienen los siguientes derechos individuales en correspondencia con la naturaleza Jurídica de su relación de servicio:

(...)

f). A la defensa Jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden Jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimos de sus funciones o cargos públicos».

En el particular ámbito de los miembros electos de las Corporaciones Locales, es necesario acudir a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y al 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, para hallar los derechos y obligaciones que a éstos se reconocen.

La primera de las normas citadas dedica el Capítulo V del Título V a la regulación del Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales, estableciendo en su artículo 75.4 el derecho de éstos 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 corporativo.



En el mismo sentido, el artículo 13.5 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales dispone:

«Todos los miembros de la Corporación, incluidos los que desempeñen cargos en régimen de dedicación exclusiva, tendrán el derecho a recibir indemnizaciones por los gastos ocasionados por el ejercicio del cargo, cuando sean efectivos, y previa justificación documental según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que en este sentido aprueba el Pleno corporativo».

El **Tribunal Supremo, en Sentencias de 18 de enero y 10 de julio de 2000**, respecto a los preceptos anteriores, sentó la siguiente jurisprudencia: *«la noción jurídica del concepto utilizado por la Ley comprende el resarcimiento de cualquier daño o perjuicio, tanto por gasto realizado, como por una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obtención de otro ingreso durante el tiempo que se dedica al desempeño del cargo en la Corporación e, incluso, por merma de la dedicación posible a la propia actividad particular».*

Por su parte el apartado 2º del artículo 24 CP, considera funcionario público a *«...todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.»*

Conforme a una reiterada jurisprudencia de la *Sala Segunda del Tribunal Supremo*, *«la cualidad de funcionario a efectos penales no puede subordinarse, ni hacerse depender de su vinculación o calificación administrativa, ni de las definiciones contenidas en las normas reguladoras de su relación con la Administración Pública sino que ha de atenderse al artículo 119 (actual 24) del Código penal, que sólo hace depender tal cualidad del hecho concreto y real que una persona se halle participando más o menos permanente o temporalmente habiendo sido designado para ello en el ejercicio de funciones públicas»* (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1992), habiéndose así comprendido *«los llamados funcionarios de hecho que desempeñan una función pública, aunque no reúnan todas las calificaciones o legitimaciones requeridas»* (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1992), así como interinos y sustitutos (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 octubre de 1991 y 1183/1993, de 20 de mayo). En definitiva, *«el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente la participación en la función pública* (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2002),



a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto» (Sentencia del Tribunal Supremo 1590/2003, de 22 de abril).

CUARTO.-En cualquier caso, la cuestión a discernir es si los costes derivados de la imputación de corporativos en causas penales por el ejercicio de las funciones propias de sus cargos pueden ser considerados como gastos indemnizables en los términos señalados por los artículos 75.4 de la LRBRL y 13.5 del ROF. La Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, del Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre la misma en la resolución del recurso de casación número 3271/1996 por **Sentencia de 4 de febrero de 2002**, de la que fue ponente el Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos, y que mutatis mutandi, sería de aplicación al caso que al presente concierne.

En efecto, el fundamento jurídico tercero de dicha Sentencia señala que la Entidad Local, en uso de su autonomía reconocida por el artículo 137 de la Constitución española, puede considerar los gastos de representación y defensa de un proceso penal como indemnizables a título de gastos ocasionados en el ejercicio del cargo, siempre y cuando no concurren circunstancias que obliguen a calificarlos como gastos realizados en interés propio o a favor de intereses ajenos al general de la entidad y además se den los siguientes requisitos:

«a) Que hayan sido **motivados por una inculpación que tenga su origen o causa directa en la intervención del miembro de la Corporación en una actuación administrativa o de otra índole realizada en el cumplimiento de las funciones** atribuidas por las disposiciones aplicables a su actividad como tal miembro de la Corporación o en cumplimiento o desarrollo de acuerdos de los órganos de ésta. Estos gastos, debe entenderse, en principio, que se trata de gastos generados con ocasión del ejercicio de sus funciones, pues la causa remota de la imputación penal radica en una conducta de estas características.

b) Que dicha intervención **no haya sido llevada a cabo con abuso, exceso, desviación de poder o en convergencia con intereses particulares propios de los interesados o del grupo político o de otra índole al que pertenecen susceptibles de ser discernidos de los intereses de la Corporación**, pues en tal caso la actuación no puede considerarse como propia del ejercicio de la función, sino como realizada en interés particular, aunque externa o formalmente no sea así.



c) Que **se declare la inexistencia de responsabilidad criminal por falta objetiva de participación o de conocimiento en los hechos determinantes de la responsabilidad penal, la inexistencia de éstos o su carácter lícito.** De haberse contraído responsabilidad criminal no puede entenderse que la conducta realizada lo haya sido en el ejercicio de sus funciones, sino abusando de ellas. De no haberse probado la falta de participación en hechos penalmente reprochables, aun cuando concurren causas subjetivas de exención o de extinción de la responsabilidad criminal, cabe estimar, en atención a las circunstancias, que los gastos de defensa no dimanen del ejercicio de las funciones propias del cargo, dado que no puede considerarse como tales aquellas que objetivamente hubieran podido generar responsabilidad criminal.»

QUINTO.-Siendo la responsabilidad penal de carácter personalísimo e intransmisible, predicable exclusivamente respecto de personas físicas, en principio no habría motivo para que una persona jurídica, en este caso las Corporaciones Locales, hubieran de asumir los costes derivados de una condena ajena. No obstante, la acusación penal ha sido frecuentemente utilizada de forma espuria, como instrumento de desacreditación del adversario político, instrumentalizándose la justicia como elemento para privar de los cargos públicos a personas que limpiamente los han obtenido en las elecciones y como instrumento de coacción y promoción de carreras profesionales. Si los Alcaldes y demás miembros de las Corporaciones, especialmente los de los pueblos pequeños, hubieran de hacer frente con su sueldo, en muchos casos simbólico e inexistente, y con su patrimonio, bastarían unas pocas querellas para obligarles a abandonar los cargos que ostentan. Por estas razones hemos defendido la obligación del Ayuntamiento de asumir los gastos que origine la defensa en juicio de los corporativos. De esta manera, parece claro que, no habiendo una obligación legal expresa en tal sentido, sí que es una obligación moral de toda Corporación local el resarcir a sus miembros de los gastos de su defensa jurídica personal cuando obtengan sentencias favorables a las actuaciones desarrolladas en ejercicio de sus cargos, dado que lo contrario podría suponer que sólo las personas con capacidad económica suficiente para asumir dichos gastos podrían ejercer cargos públicos a nivel local, pues bastaría con interponer denuncias en vía penal para obligar a la renuncia del cargo a aquellas personas que careciesen de los recursos necesarios para afrontar dichos gastos, que pueden ser de muy elevada cuantía. Ello sería, obviamente, contrario al derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos consagrado en el artículo 23 de la Constitución española.



Ello permite cuestionarse si el ejercicio de acciones penales en estos casos no persigue la consecución de fines que, en principio, le son extraños: por un lado y como decimos, obtener el control de la actividad política de la Administración municipal, y por otro el aseguramiento de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, en todos aquellos casos en los que el daño causado se relacione, más o menos directamente, con el funcionamiento de un servicio público, y este parece ser el supuesto que comprende el asunto que se somete a nuestra consideración e informe.

Por esas razones parece que estamos asistiendo más aun proceso de «*huida al derecho penal*» (es decir a la utilización del proceso penal para la consecución de fines que no responden a efectivas necesidades de política criminal) que a una consecuencia de las necesidades de protección penal de la sociedad.

En cuanto a la multa a la que ha sido condenado el concejal, dado el carácter personalísimo de la responsabilidad penal, la misma tiene como sujeto pasivo al responsable penal, sin que la Administración en ningún caso pueda asumir dicha pena pecuniaria dado que la misma solo tiene por objeto reprender a la persona física penalmente culpable incluso a título de mera imprudencia.

En este sentido, el artículo 173.2 TRLRHL se refiere al cumplimiento de resoluciones judiciales que determinen obligaciones a cargo de las entidades locales, mientras que en el caso de la multa, la obligación de pago es a cargo del Concejal declarado responsable de la falta.

IV. CONCLUSIÓN

Conforme a lo anterior, no hay duda alguna que la condición de «*funcionario público*» se extiende a la figura del Concejal de cualquier Ayuntamiento, a efectos de la aplicación de la normativa señalada en aras a su defensa judicial y efectos resarcitorios de los gastos que aquella genere, si se cumplen los requisitos jurisprudenciales que se acaban de referir. Es decir, tal abono será factible en su calidad de funcionario público, en tanto hubiera sido declarado absuelto, y acreditado que los actos que motivaron el proceso penal fueron «*actuaciones administrativas o llevadas a cabo en cumplimiento de la funciones públicas que a ellos competen*».

En cualquier caso, sea cual fuere la fundamentación de la misma, lo determinante es que dicha responsabilidad civil en sede judicial se ha calificado de subsidiaria -y no directa-, por lo que hasta que no



concurra una nueva Resolución Judicial declarando la imposibilidad de llevar a cabo la responsabilidad directa ante el Concejal, normalmente por insolvencia, no existirá un supuesto de exigibilidad de obligación de pago a la Hacienda Local, derivado de sentencia judicial firme, de acuerdo con lo establecido en el artículo 173 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- (EDL 2004/2992).

Por tanto, la asunción de dicha responsabilidad civil no dependerá de la voluntad de la Administración sino de la Resolución del Órgano Jurisdiccional.

Este es el informe que se emite por el Servicio de Asesoramiento y Asistencia a las EE.LL de la Diputación de Badajoz – Oficialía Mayor - con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo interesado por el Alcalde de _____ y que se somete a su consideración y a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

Badajoz, abril de 2010