

ADMINISTRACIÓN LOCAL. COMPATIBILIDAD DE LA ALCALDÍA CON OTROS CARGOS. CONVOCATORIAS DE PLENOS. CONTRATOS DEL AYUNTAMIENTO

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF*

EXTRACTO

El supuesto planteado gira en torno a diversos problemas planteados en el funcionamiento de un ayuntamiento. Así se plantean cuestiones referentes a la compatibilidad de un auxiliar administrativo interino del ayuntamiento con la condición de alcalde; cuantía de sus retribuciones; situación administrativa si es elegido alcalde; ajuste a derecho de efectuar la convocatoria de los concejales por *e-mail*; si existe obligación de declaración de bienes e incompatibilidad del personal elegido por libre designación y tiempo de espera para celebrar las sesiones plenarias. Finalmente, se plantean diversas cuestiones jurídicas derivadas de la contratación, mediante contrato menor, de un abogado para que defendiera y representara a personal y miembros de la corporación que se han visto implicados en procesos penales diversos. Al agotar todas las instancias procesales el abogado presenta factura por importe superior al de contrato menor, planteándose el problema de cómo actuar ante esta situación.

Palabras clave: función pública; incompatibilidad, retribuciones, administración electrónica y contrato administrativo.

Fecha de entrada: 04-03-2017 / Fecha de aceptación: 21-03-2017

ENUNCIADO

El Sr. Rufino García presta sus servicios como auxiliar administrativo interino en el ayuntamiento de XXX, municipio cuya población es de 2.400 habitantes. Rufino concurre como candidato a las elecciones municipales dentro de la coalición Decencia Diamante, siendo elegido alcalde por mayoría simple, a causa de la abstención de PP y Compromiso que suman mayoría absoluta. En los primeros plenos se plantea la cuestión de las retribuciones de Rufino quien aspira a unos emolumentos de 50.000 euros anuales.

Venancio, portavoz del PP, objeta que no debe percibir emolumento alguno puesto que ya trabaja para el ayuntamiento en calidad de auxiliar administrativo interino como ha quedado dicho y que en realidad lo que está planteando es una subida de sueldo encubierta pues, como auxiliar, cobra bastante menos (poco más de 1.000 € al mes).

Carmen, portavoz de Compromiso, repele la pretensión propuesta por ser contraria a derecho.

En el ayuntamiento, y ante la aplicación del mandato de los poderes públicos de impulso al empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad el ejercicio de sus competencias se ha planteado la posibilidad de convocar a los miembros de la corporación por *e-mail*, así como la posibilidad de celebrar sesiones de junta de gobierno y comisiones sin la presencia física de algunos de los concejales, a través de su presencia utilizando medios electrónicos.

Igualmente es de señalar que los concejales que eligieron a un diputado provincial desean que sea sustituido por estar en desacuerdo con la posición y el voto que este ha emitido en las sesiones plenarias de la diputación en algunos temas que afectan al municipio.

Por otra parte, en el ayuntamiento existe personal designado, conforme a las Relaciones de Puestos de Trabajo, por libre designación, y se desea saber si se deben efectuar declaraciones sobre incompatibilidades y de bienes.

Por otro lado, en ciertas ocasiones por falta de asistencia a un pleno de la corporación de algunos corporativos, que determina incluso la falta de *quorum*, el presidente ha demorado el comienzo de la sesión, a la espera de su llegada. Algunos corporativos han dirigido quejas sobre esta cuestión en alguna ocasión pues la espera, a veces, ha superado una hora, planteándose en qué momento puede entenderse por falta de *quorum* que debe pasarse a segunda convocatoria de un pleno.

Finalmente, el ayuntamiento contrató, a través de un contrato menor, los servicios de un despacho de abogados para que defendiera y representara a personal y miembros de la corporación que se han visto implicados en procesos penales diversos, habiendo recibido el encargo de la corporación de que si las sentencias, en las distintas instancias judiciales fuesen desestimatorias, acudieran hasta el Tribunal Supremo y el Constitucional, si fuera viable jurídicamente. Efectiva-

mente, como era de esperar, el proceso se extendió durante bastante tiempo. Ahora se presentan facturas de aquellos profesionales que exceden de la cuantía de un contrato menor planteándose el interventor cómo debe actuar.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Es compatible la prestación de servicios como auxiliar administrativo interino en un ayuntamiento con el desempeño del cargo público de alcalde?
2. En el supuesto de que no fuera compatible, ¿en qué situación quedaría Rufino en relación al puesto de trabajo de auxiliar administrativo si optara solo por el cargo de alcalde?
3. Por la asistencia a plenos y comisiones, ¿tendría en todo caso derecho a cobrar dietas?
4. ¿Son válidos los argumentos de la representante de Compromiso de que lo pretendido es contrario a derecho?
5. ¿Es posible la convocatoria de sesión por medios electrónicos?
6. ¿Es posible la celebración de sesiones electrónicas?
7. ¿Puede ser destituido un diputado provincial por los concejales que lo eligieron?
8. ¿Deben prestar declaraciones sobre incompatibilidades y de bienes el personal de libre designación?
9. ¿Cuál es el momento temporal para entender que procede la segunda convocatoria de un pleno?
10. Se han presentado facturas, por abogados y procuradores que han representado al ayuntamiento en juicio, que exceden de la cuantía de un contrato menor y, además, el plazo de los procesos excedió de un año. ¿Cómo debe actuar el interventor?
11. ¿El ayuntamiento puede correr con los gastos de la defensa en juicio de sus funcionarios?

SOLUCIÓN

1. ¿Es compatible la prestación de servicios como auxiliar administrativo interino en un ayuntamiento con el desempeño del cargo público de alcalde?

En principio depende de si el cargo público de alcalde se desempeña o no se desempeña con dedicación exclusiva. Si el cargo de alcalde se desempeña con dedicación exclusiva, tendría

que optar. Si opta por alcalde, cuando cesa pierde la condición de interino porque no tiene reserva del puesto de trabajo.

El artículo 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades, señala que:

«1. Por excepción, el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño de los cargos electivos siguientes:

b) Miembros de las Corporaciones locales, salvo que desempeñen en los mismos cargos retribuidos en régimen de dedicación exclusiva.

En los supuestos comprendidos en este artículo solo podrá percibirse la retribución correspondiente a una de las dos actividades, sin perjuicio de las dietas, indemnizaciones o asistencias que correspondan por la otra. No obstante, en los supuestos de miembros de las Corporaciones locales en la situación de dedicación parcial a que hace referencia el artículo 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 deberá comunicarse recíprocamente su jornada en cada una de ellas y las retribuciones que perciban, así como cualquier modificación que se produzca en ellas».

2. En el supuesto de que no fuera compatible, ¿en que situación quedaría Ruffino en relación al puesto de trabajo de auxiliar administrativo si optara solo por el cargo de alcalde?

Como es interino no tiene reserva del puesto de trabajo. Pero no está en servicios especiales.

Señala el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que:

«1. Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.

b) La sustitución transitoria de los titulares.

c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses».

Por su parte, el artículo 10 del EBEP:

«3. El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento.

[...]

5. A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera».

Finalmente, el artículo 87 del EBEP señala que «quedarán en situación de servicios especiales los funcionarios de carrera: [...] f) Cuando se desempeñen cargos electivos retribuidos y de dedicación exclusiva en las Asambleas de las Ciudades de Ceuta y Melilla y en las Entidades Locales, cuando se desempeñen responsabilidades de órganos superiores y directivos municipales y cuando se desempeñen responsabilidades de miembros de los órganos locales para el conocimiento y la resolución de las reclamaciones económico-administrativas».

3. Por la asistencia a plenos y comisiones, ¿tendría en todo caso derecho a cobrar dietas?

La respuesta es no, si desempeña el puesto de alcalde con dedicación exclusiva, y la respuesta es sí, en otro caso.

En concreto, el artículo 75 de la Ley 7/1985, LRBRL, establece que:

«1. 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, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.

En el supuesto de tales retribuciones, su percepción será incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, 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.

Los miembros de las Corporaciones locales que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar dele-

gaciones, 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 anterior. Dichas retribuciones no podrán superar en ningún caso los límites que se fijen, en su caso, en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. 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.

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.

Solo los miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva ni dedicación parcial percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la Corporación de que formen parte, en la cuantía señalada por el pleno de la misma.

Los miembros de las Corporaciones locales percibirán 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».

4. ¿Son válidos los argumentos de la representante de Compromiso?

No son válidos.

Con respecto al número de corporativos que puede haber en ese municipio con dedicación exclusiva, el artículo 75 ter de la Ley 7/1985 establece que:

«1. De conformidad con lo establecido en el artículo 75 de esta Ley, la prestación de servicios en los Ayuntamientos en régimen de dedicación exclusiva por parte de sus miembros deberá ajustarse en todo caso a los siguientes límites:

a) En los Ayuntamientos de Municipios con población inferior a 1.000 habitantes, ningún miembro podrá prestar sus servicios en régimen de dedicación exclusiva.

b) En los Ayuntamientos de Municipios con población comprendida entre 1.001 y 2.000 habitantes, solo un miembro podrá prestar sus servicios en régimen de dedicación exclusiva».

5. ¿Es posible la convocatoria de la sesión por medios electrónicos?

Debemos señalar que es aplicable la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y que es el mismo régimen para todas las entidades locales, al derivar de una normativa básica común para las Administraciones públicas.

En la regulación de la convocatoria de las sesiones del pleno que realiza el Real Decreto 2568/1986 (ROF), no se establece el medio en que se debe efectuar por lo que, en principio, la convocatoria podría realizarse, junto a las tradicionales, por cualquier medio electrónico, informático o telemático, siempre y cuando se respete los requisitos que para la convocatoria de las sesiones plenarias establecen los artículos 80 y 81 del ROF. Las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones públicas.

En este sentido, de conformidad con el artículo 14.1 de la Ley 39/2015, «las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas. El medio elegido por la persona para comunicarse con las Administraciones Públicas podrá ser modificado por aquella en cualquier momento». La opción de comunicarse por uno u otros medios no vincula al ciudadano que podrá, en cualquier momento, optar por un medio distinto del inicialmente elegido.

Podemos, por tanto, establecer una conclusión: la opción para efectuar una notificación a un órgano colegiado no reside en la entidad local u órgano convocante sino en el corporativo que vaya a ser convocado.

Según el artículo 41.1 de la Ley 39/2015, con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente.

Y aquí es donde se encuentran algunos de los puntos débiles para la puesta en práctica de estas comunicaciones a corporativos.

Es especialmente importante las dificultades para acreditar la recepción de la notificación porque si no hubiere contestación por el destinatario que acredite su recepción, no quedaría debidamente acreditado el requisito de la notificación del artículo 81.2 del ROF al señalar que, siendo preceptiva la notificación a los miembros de las corporaciones locales de las correspondientes órdenes del día, en la secretaría general deberá quedar debidamente acreditado el cumplimiento de este requisito. Por lo que no basta que quede constancia en el expediente de la remisión de la notificación, sino que es preciso que quede acreditado la recepción. Por tanto, el problema surge, si remitida la comunicación el corporativo no abre su correo electrónico. Por

ello, el concejal convocado de esta manera 3 o 4 días antes no abre su correo y no tiene acceso al correo electrónico de convocatoria: no habían transcurrido los 10 días naturales a que se refiere el artículo 43.2 para que pueda entender ser rechazada la notificación con los efectos previstos en el artículo 41.5 de la Ley 39/2015.

Por otra parte, el artículo 80.3 del ROF exige que la convocatoria sea en el domicilio de los concejales, y este mandato normativo no se entenderá cumplido en el supuesto planteado en el caso.

Por tanto, sin descartar la posibilidad de correo electrónico para la convocatoria de las sesiones, debería aclararse lo de que las notificaciones se efectuarán en el domicilio del concejal, y las comunicaciones se deberían efectuar con una antelación mínima de 13 o 14 días naturales, puesto que si el concejal no abre el correo, se precisaría el transcurso de 10 días naturales para que se puedan entender rechazada la notificación.

6. ¿Es posible la celebración de sesiones electrónicas?

La Sección 3.^a de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), se refiere a los órganos colegiados de las distintas Administraciones públicas.

En concreto, en su artículo 17, referido a la convocatorias y sesiones de los órganos colegiados, señala que:

«1. Todos los órganos colegiados se podrán constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia, salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario.

En las sesiones que celebren los órganos colegiados a distancia, sus miembros podrán encontrarse en distintos lugares siempre y cuando se asegure por medios electrónicos, considerándose también tales los telefónicos, y audiovisuales, la identidad de los miembros o personas que los suplan, el contenido de sus manifestaciones, el momento en que estas se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión. Entre otros, se considerarán incluidos entre los medios electrónicos válidos, el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias.

2. Para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la asistencia, presencial o a distancia, del Presidente y Secretario o en su caso, de quienes les suplan, y la de la mitad, al menos, de sus miembros.

Cuando se trate de los órganos colegiados a que se refiere el artículo 15.2, el Presidente podrá considerar válidamente constituido el órgano, a efectos de celebración de sesión, si asisten los representantes de las Administraciones Públicas y de las organizaciones representativas de intereses sociales miembros del órgano a los que se haya atribuido la condición de portavoces.

Cuando estuvieran reunidos, de manera presencial o a distancia, el Secretario y todos los miembros del órgano colegiado, o en su caso las personas que les suplan, estos podrán constituirse válidamente como órgano colegiado para la celebración de sesiones, deliberaciones y adopción de acuerdos sin necesidad de convocatoria previa cuando así lo decidan todos sus miembros.

3. Los órganos colegiados podrán establecer el régimen propio de convocatorias, si este no está previsto por sus normas de funcionamiento. Tal régimen podrá prever una segunda convocatoria y especificar para esta el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano.

Salvo que no resulte posible, las convocatorias serán remitidas a los miembros del órgano colegiado a través de medios electrónicos, haciendo constar en la misma el orden del día junto con la documentación necesaria para su deliberación cuando sea posible, las condiciones en las que se va a celebrar la sesión, el sistema de conexión y, en su caso, los lugares en que estén disponibles los medios técnicos necesarios para asistir y participar en la reunión».

Lo lógico es que todas estas cuestiones se desarrollen en el Reglamento Orgánico de la Corporación.

7. ¿Puede ser destituido un diputado provincial por los concejales que le eligieron?

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre estas cuestiones en Sentencias de 28 de febrero de 1996 y 24 de septiembre de 2007.

La cobertura del artículo 23.2 de la Constitución se extiende al diputado provincial frente a la pretensión de destituirle de los concejales que lo eligieron, en el sentido de que el ámbito de aplicación del artículo 23.2 de la Constitución no se agota en los cargos públicos representativos de elección directa, sino que también se entiende a los de elección indirecta o de segundo grado puesto que son los ciudadanos, a través de los concejales, que son elegidos directamente por la ciudadanía, los que eligen a los diputados provinciales.

8. ¿Deben prestar declaraciones sobre incompatibilidades y de bienes el personal de libre designación?

El caso práctico señala que existe personal designado, con arreglo a la Relación de Puestos de Trabajo (RPT), por libre designación.

La disposición adicional decimoquinta de la Ley 7/1985, relativa al régimen de incompatibilidades y declaraciones de actividades y bienes de los directivos locales y otro personal al servicio de las entidades locales, señala que:

1. Los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación.

No obstante, les serán de aplicación las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, en los términos en que establece el artículo 75.8 de esta Ley.

2. El régimen previsto en el artículo 75.7 de esta Ley será de aplicación al personal directivo local y a los funcionarios de las Corporaciones Locales con habilitación de carácter estatal que, conforme a lo previsto en el artículo 5.2 de la disposición adicional segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, desempeñen en las Entidades locales puestos que hayan sido provistos mediante libre designación en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman.

A este respecto, la cuestión esencial es dilucidar qué debe entenderse por personal directivo local. La propia disposición adicional 15.^a señala que, a estos efectos, tendrán la consideración de personal directivo los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales.

En el régimen organizativo de los municipios de la población, el artículo 130 de la Ley 7/1985 distingue entre órganos superiores (alcalde y miembros de la junta de gobierno local), órganos directivos (coordinadores generales de cada área o concejalía, director general o similares de la organización administrativa, etc.) y también considera órganos directivos los titulares de los máximos órganos de dirección de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales.

El apartado 4 de dicho artículo señala que los órganos superiores y directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984.

Por tanto, el nuevo régimen de incompatibilidades y de sometimiento al registro de intereses puede alcanzar al personal directivo.

Pero en el presente caso, al no ser el municipio de gran población, en principio, no se puede hablar de órganos directivos y superiores a los efectos del artículo 75 y disposición adicional decimoquinta de la ley.

En conclusión, respecto al caso planteado, hay que entender que el régimen del personal directivo que prevé el artículo 75 de la Ley 7/1985 no se predica del personal de libre designa-

ción al servicio del ayuntamiento, con excepción de los funcionarios con habilitación de carácter estatal que ocupen puestos de libre designación, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional segunda del Estatuto Básico del Empleado Público que obliga a formular declaraciones de actividades y bienes.

9. ¿Cuál es el momento temporal para entender que procede la segunda convocatoria de un pleno?

En el supuesto se plantea que, en ciertas ocasiones, por falta de asistencia a un pleno de la corporación de algunos corporativos, que determina incluso la falta de *quorum*, el presidente ha demorado el comienzo de la sesión a la espera de su llegada. Esta ha provocado la protesta de algunos concejales.

El ROF no señala el momento temporal preciso para que se pueda considerar vencidas unas primeras convocatorias y pasar a la segunda convocatoria, con carácter automático.

Sin embargo, en lo que respecta al régimen de funcionamiento de las comisiones informativas, el artículo 135.1 del ROF precisa que la segunda convocatoria será una hora más tarde.

Sin embargo, en el pleno, por el contrario, la línea divisoria entre el momento en que estamos hablando entre primera y segunda convocatoria se difumina plenamente, por cuanto el artículo 90.2 del ROF señala que «si en primera convocatoria no existiera el *quorum* necesario según lo dispuesto en el número anterior, se entenderá convocada la sesión automáticamente a la misma hora, dos días después. Si tampoco entonces se alcanzase el *quorum* necesario, la presidencia dejará sin efecto la convocatoria posponiendo el estudio de los asuntos incluidos en el orden del día para la primera sesión que se celebre con posterioridad, sea ordinaria o extraordinario».

No obstante, por aplicación análoga puede entenderse que si transcurrido una hora la presidencia no abre la sesión, los concejales que habían comparecido en primera convocatoria pueden entender que esta ha decaído, operando automáticamente la segunda convocatoria a la misma hora dos días después.

10. Se han presentado facturas, por abogados y procuradores que han representado al ayuntamiento en juicio, que exceden de la cuantía de un contrato menor y, además, el plazo de los procesos excedió de un año. ¿Cómo debe actuar el interventor?

No se debería acudir al contrato menor para la contratación de abogados y procuradores, pues la duración indeterminada de un procedimiento judicial impediría acudir al contrato menor. En efecto, la determinación de esta duración *a priori* es muy complicada; tan es así que el propio Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido

de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), al determinar la duración de estos contratos establece una excepción. El artículo 303, después de establecer como regla general que «los contratos de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquel, siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de seis años, y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente», añade, en su apartado 3, que «los contratos para la defensa jurídica y judicial de la Administración tendrán la duración precisa para atender adecuadamente sus necesidades».

Es decir, la propia ley admite que si un procedimiento judicial durase más del tiempo máximo previsto para la duración del contrato de servicios, pueda concertarse por el tiempo preciso. Ahora bien, esta excepción no quiere decir, en ningún caso, que se excepcione el procedimiento de contratación que sea adecuado por la cuantía y la duración del contrato. Y parece claro que, teniendo en cuenta la duración media de los procedimientos judiciales, el contrato menor no es un procedimiento de adjudicación que pueda utilizarse para este tipo de contratos. Y, ello, porque el contrato menor, como procedimiento de adjudicación, no tiene solo el límite del importe (18.000 € en este caso), sino que tiene otro límite esencial. Tan esencial que se incluye en el Libro Primero, donde se recoge la «Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos».

Pues bien, este límite esencial, que se olvida con frecuencia, es que con arreglo al artículo 23.3 del TRLCSP los contratos menores –definidos en el art. 138.3– no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga. Por tanto, si, como suele suceder, el procedimiento judicial va a tener una duración superior a un año, no puede contratarse a un abogado por contrato menor, porque se estaría superando el plazo improrrogable del contrato menor.

Como viene a señalar el Informe 4/2010, de 29 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa: «[...] en principio y con carácter general, se podría considerar que un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, tiene conocimiento cierto –o podría tenerlo, si se aplicasen los principios de programación y buena gestión– de la necesidad de contratar una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no pueden variar de manera sustancial, que se tiene que llevar a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo, y, aun así, tramitase diferentes contratos menores y eludiese las normas más exigentes de publicidad y procedimiento». Este principio es aplicable cuando el órgano gestor sabe, desde el inicio y prácticamente con absoluta certeza, que la prestación va a durar más de un año, y aun sabiéndolo, realiza la contratación por un contrato menor, amparándose en la indeterminación del plazo.

Por ello, en el momento de proceder al reconocimiento de la obligación, el interventor debería emitir reparo suspensivo porque se incumple un requisito esencial, ya que las facturas a presentar no estarán cubiertas por un contrato adjudicado conforme a la normativa vigente.

11. ¿El ayuntamiento puede correr con los gastos de defensa en juicio de sus funcionarios?

En otro orden de cosas, y por lo que se refiere a la pregunta de si el ayuntamiento debe correr con los coste de la defensa en juicio de sus funcionarios, siguiendo el artículo de Roger CÁMARA MAS, «La defensa jurídica del personal y las autoridades al servicio de las entidades locales en el ámbito jurisdiccional penal», podemos decir que, con 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 (TREBEP), se reconoce por primera vez, con carácter general, el derecho a la defensa jurídica del personal al servicio de las entidades locales; la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) no tipificaba este derecho. Tan solo el artículo 141.2 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), establecía el deber de las corporaciones locales de dispensar a sus funcionarios la protección que requería el ejercicio de sus cargos. Este deber solo se reconocía a los funcionarios de carrera; porque el precepto se encuentra en el capítulo II del título VII de la ley, relativo a las disposiciones comunes a los funcionarios de carrera.

En el artículo 14, apartado f) del actual EBEP se indica que es un derecho de los funcionarios «a la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos».

El derecho a la defensa jurídica se garantiza en todos los procedimientos que se sigan en cualquier orden jurisdiccional, inclusive el penal. A pesar que el EBEP no se pronuncia sobre este tema, el derecho se debe garantizar con independencia de la posición que el empleado público ocupe en el proceso, ya sea como acusador o acusado.

En cuanto a los requisitos que la ley y la jurisprudencia han configurado en orden al ejercicio del derecho, debe señalarse que el análisis de la concurrencia de estos presupuestos deberá efectuarse caso por caso, y de una forma especialmente minuciosa para evitar que la corporación asuma un gasto que no le corresponda:

1. El ejercicio legítimo de las funciones o cargos públicos. El artículo 14 f) del TREBEP condiciona el goce del derecho al hecho de que el procedimiento jurisdiccional se haya incoado como consecuencia del ejercicio legítimo por parte del empleado público de sus funciones o cargos. Esta cuestión será el núcleo esencial para determinar si se puede facilitar la asistencia jurídica. La jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que es necesaria la concurrencia de este requisito. A pesar de que la sentencia se refiera a la defensa jurídica de los cargos electos, los requisitos que exige entendemos que son de pleno aplicables en el caso de los empleados públicos. En primer término, se requiere que la acusación tenga su origen o causa directa en la intervención del inculpado en una actuación efectuada en el cumplimiento de sus funciones legalmente atribuidas o en ejecución de acuerdos adoptados por los órganos de la corporación. En segundo

término, y en un sentido negativo, el tribunal exige que la intervención no se haya efectuado con abuso, exceso, desviación de poder o en persecución de intereses ajenos a los propios de la corporación. En estos supuestos se ha de considerar que la actuación no se ha efectuado en el ejercicio legítimo de las funciones derivadas del cargo. Como dispone de forma literal el tribunal, se requiere «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». Los abusos, excesos, desviaciones de poder o la persecución de intereses ajenos a los municipales han de ser necesariamente vicios de legalidad, no de ética o de moralidad.

2. La ausencia de un conflicto de intereses. Para garantizar el derecho a la defensa jurídica de los empleados públicos es requisito imprescindible que no se produzca un conflicto de intereses entre la defensa de la corporación y la defensa de los interesados. Los intereses del defendido y los de las entidades locales no pueden ser opuestos o contradictorios. Este conflicto de intereses aparecerá en aquellos supuestos en los que la entidad local se persone como acusación particular, acusación popular o como actor civil en el proceso penal que se instruya contra estas personas. Si enlazamos este requisito con el anterior, la confrontación de intereses se producirá también cuando la intervención del interesado se haya efectuado con abuso, exceso, desviación de poder o con la prosecución de intereses ajenos a los propios de la corporación. En estos supuestos, en atención que la actuación del inculpado no se ajusta a derecho, es evidente que su defensa entra en evidente contradicción con el principio constitucional de legalidad que ha de presidir la actuación de las Administraciones públicas tipificada en el artículo 103.1 de la Constitución española. La obligación de sumisión de la actuación administrativa al imperio de la ley impide que las entidades locales asuman la defensa jurídica de los imputados en estos casos porque supondría una vulneración del mencionado principio constitucional.

3. Es requisito imprescindible que el órgano jurisdiccional penal declare la inexistencia de responsabilidad criminal. El problema que plantea este presupuesto es que, para su verificación, se tendrá que esperar a la resolución firme que ponga fin al proceso penal. No habrá responsabilidad penal cuando se acuerde el sobreseimiento libre o provisional del proceso de acuerdo con los artículos 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los siguientes casos:

- a) Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa.
- b) Cuando los hechos no sean constitutivos de delito.
- c) Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.
- d) Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa.

- e) Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.

En los mismos términos, no habrá responsabilidad penal en los supuestos en los que se dicte sentencia absolutoria.

Es necesario efectuar una precisión en la misma línea de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2002: si no se prueba la falta de participación del inculcado en los hechos determinantes de la responsabilidad penal a pesar de la concurrencia de causas subjetivas de exención o extinción de la responsabilidad, no habrá lugar al derecho a la defensa jurídica. Esta excepción es del todo lógica, porque si el inculcado ha participado en los hechos penalmente relevantes, ha de considerarse que su actuación no se ha realizado en el ejercicio legítimo de sus funciones, con independencia de la eventual concurrencia de alguna de las causas de exención de la responsabilidad criminal previstas en el artículo 20 del Código Penal. En los mismos términos, se ha de considerar que no se tiene derecho a la defensa jurídica en aquellos casos en que se pruebe la participación del procesado en el hecho delictivo pero se extinga la responsabilidad criminal a causa de un indulto (art. 130.4 del Código Penal), o por la prescripción del ilícito (art. 130.6 del Código Penal).

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Constitución Española, art. 23.
- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades, art. 5 y disp. adic. décimo quinta.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 75, 75 ter y 130.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 14, 17, 41 y 43.
- Ley 40/2015 (LRJSP), art. 17.
- Real Decreto Legislativo 3/2011, (TR Ley de Contratos del Sector Público), arts. 23 y 303.
- SSTC de 28 de febrero de 1996 y 24 de septiembre de 2007.
- STS de 4 de febrero de 2002.