

# RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. ADMINISTRACIÓN LOCAL: INCOMPATIBILIDAD DE CONCEJAL. CAUSA DE ABSTENCIÓN O RECUSACIÓN. CONVOCATORIA DE PLENO EXTRAORDINARIO Y URGENTE

**JAVIER FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA**  
*Magistrado*

**Palabras clave:** responsabilidad patrimonial de la Administración, Administración local, plenos municipales, impugnación de acuerdos, incompatibilidad de concejal.

## **ENUNCIADO**

Don «XXX», que había estado destinado en una corbeta de la Armada, pasa a la reserva el día 8 de octubre de 2006 por alteración de su estado general. El día 9 de marzo de 2007 es ingresado de urgencia con un cuadro de perplejidad, y se le diagnostica esquizofrenia paranoide, dándosele de alta el día 7 de abril de 2008. El día 29 de abril de 2008 tiene un reingreso por manifestación expansiva, acompañada de un consumo tóxico, dándosele de alta el día 26 de mayo de 2008, ratificándose nuevamente, tal y como aparece documentado en los informes médicos, el diagnóstico de esquizofrenia paranoide, modificándose la medicación que se le había dado. Consta, igualmente, documentado por oficio del 7 de julio de 2008 que desde el 28 de mayo de dicho año el paciente «está en tratamiento psiquiátrico y acude a la unidad de día del centro de salud mental del barrio donde tiene su domicilio».

El día 5 de octubre de 2009 presenta escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues entiende que la enfermedad que sufre, se debe, sin duda alguna, al régimen de dureza y disciplina que tuvo que soportar mientras se encontraba destinado en la corbeta de la Armada.

El día 5 de noviembre de 2009 recibió notificación de resolución administrativa sobre la solicitud formulada, en el sentido, de que no procede la admisión de su solicitud toda vez que la misma es extemporánea. Contra ella presenta recurso de reposición el interesado alegando que fue el día 8

de noviembre de 2008 cuando tuvo conciencia de la enfermedad que sufría, aparte de que los efectos de la misma seguían manifestándose. El citado recurso venía firmado por otra persona distinta del interesado. La Administración, por este motivo, así como porque se trataba de un acto de trámite decide, igualmente, la no admisión del referido recurso.

Al final, sin realizar ningún trámite previo, la Administración decide incoar el procedimiento y así lo notifica al interesado.

Al tener conocimiento de la apertura de este procedimiento de responsabilidad patrimonial, un compañero del interesado que, igualmente, había estado destinado en la misma corbeta de la Armada, que había pasado a la situación de reserva y al que se le había diagnosticado la misma enfermedad y en la misma fecha, dirige escrito a la Administración solicitando se le tenga, igualmente, por interesado en el citado procedimiento. Al pasar tres meses sin recibir contestación alguna, entiende que se ha producido el silencio administrativo estimatorio o positivo y que, por tanto, se le ha considerado interesado en el citado procedimiento.

Instruido el procedimiento, pese a que la reclamación económica exigida era de 30.000 euros, no se solicitó el dictamen del Consejo de Estado.

Transcurridos ocho meses desde la iniciación del procedimiento sin que se notificara resolución expresa, el interesado recurrió en vía contencioso administrativa, reiterando la misma solicitud. En trámite oportuno, la Administración se defiende señalando que el órgano jurisdiccional que conoce del recurso no puede entrar en el fondo de la cuestión, sin que el Consejo de Estado emita informe preceptivo, por lo que solicita se ordene la retroacción del expediente a ese momento.

Por otro lado, el señor «XXX» ha realizado en su vivienda unas obras de ampliación de la misma sin solicitar la oportuna licencia municipal. En un momento dado, a los cuatro meses de iniciadas las obras, se derriba uno de los muros de dicha construcción alcanzando a tres personas que en ese momento pasaban por la calle, causándoles heridas de diversa consideración. Una vez curados de las mismas dirigen escritos de reclamación de responsabilidad al ayuntamiento, el cual desestima tales reclamaciones aduciendo que las obras se realizaban sin licencia y que el único culpable era el particular dueño de la obra.

Al poco tiempo de iniciarse el funcionamiento de un taller de empleo subvencionado por la comunidad autónoma, el señor «XXX», uno de sus alumnos, con el que se realizó el oportuno contrato laboral, ha sido elegido concejal sin que perciba más retribuciones del ayuntamiento que la asistencia a sesiones. El alcalde ha declarado compatibilidad para tal situación.

Por otro lado, el señor «XXX» es también miembro de la asociación de padres de alumnos de la localidad. El día 20 de enero, en sesión extraordinaria y urgente celebrada al respecto, se acuerda renovar el convenio para la impartición de primero y segundo de la ESO para el próximo curso entre el ayuntamiento y el Ministerio competente en materia de Educación. En el citado acuerdo plenario se había

producido un empate en la votación, dirimiendo el voto del alcalde que había sido coincidente con el del señor «XXX». El grupo político opositor recurre el mismo por considerarlo no ajustado a derecho.

Otro concejal, que igualmente había votado en contra del acuerdo adoptado, recurre la validez del mismo aduciendo la ilegalidad del tipo de sesión celebrada, extraordinaria y urgente, pese a que la urgencia fue ratificada, como primer punto del orden del día, en la oportuna sesión extraordinaria.

#### CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Era extemporánea la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada?
2. Comentar todo lo pertinente en relación al recurso de reposición interpuesto por el interesado, y a la resolución dictada por la Administración.
3. Ajuste a derecho de la actuación administrativa incoando, sin realizar ningún trámite previo, el procedimiento de responsabilidad patrimonial.
4. ¿Interpretó correctamente el silencio administrativo el compañero del interesado?
5. ¿Tiene razón la Administración cuando solicita al órgano jurisdiccional que ordene la retroacción del procedimiento al momento en que debe informar el Consejo de Estado, y no se pronuncie sobre el fondo del asunto?
6. Ajuste a derecho de la resolución del ayuntamiento que desestima las reclamaciones de responsabilidad planteadas.
7. ¿Era compatible la condición de concejal con el contrato celebrado? ¿Era el alcalde competente para declarar esta compatibilidad?
8. ¿Cómo se resolverá el recurso planteado por el grupo político opositor?
9. ¿Cómo se resolverá el recurso planteado por otro concejal?

### **SOLUCIÓN**

#### **1. ¿Era extemporánea la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada?**

Debemos adelantar que, efectivamente, era extemporánea.

El artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que el derecho a reclamar prescribe al año de la producción del hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

Por otra parte, es reiterada la jurisprudencia (SSTS de 27 diciembre de 1985, 13 de mayo de 1987 y 4 de julio de 1990, entre otras), que es de aplicación el principio general de la *actio nata*, que significa que el cómputo del plazo para ejercitar acción solo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad.

Afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 que «El día *a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad por disposición legal ha de ser aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto o aquel en que se objetivizan las lesiones con el alcance definitivo de secuelas, y una vez establecido dicho alcance definitivo de la enfermedad y sus secuelas, los tratamientos posteriores encaminados a obtener una mejor calidad de vida o a evitar ulterior complicaciones de la salud del paciente o la progresión de la enfermedad, no enervan la situación objetiva en que la lesión, enfermedad o secuela consisten».

A tal efecto, como se indica en la Sentencia el 11 de mayo de 2004, la jurisprudencia ha distinguido entre daños permanentes y daños continuados, entre otras las Sentencias de 12 de mayo de 1997, 26 de marzo de 1999 y 10 de octubre de 2002, según las mismas, por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, mientras que los continuados son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos, o dicho de otra manera, el *dies a quo* será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto.

En el caso que comentamos, es claro que nos encontramos en presencia de daños permanentes porque el acto presuntamente generador de los mismos consistente, según la versión del solicitante, en la disciplina y dureza que le supuso su estancia en una corbeta de la Armada, se agotó en su momento, siendo diagnosticado de la enfermedad de esquizofrenia paranoide, aunque no prejuzgamos la incidencia de su estancia en la corbeta en la referida enfermedad.

No es creíble la versión del solicitante, según consta en el relato de hechos, de que tuvo conciencia de su enfermedad el día 8 de noviembre de 2008, cuando el día 9 de marzo del mismo año ya es diagnosticado de la enfermedad, y el día 29 de abril, con ocasión de un nuevo reingreso, se le vuelve a diagnosticar la misma enfermedad, modificándose el tratamiento a seguir. Igualmente consta que desde el 28 de mayo de 2008, el interesado acude a la unidad de día del centro de salud mental del barrio donde vive, existiendo reflejo documental de todas estas aseveraciones. Suponiendo, eso sí, que de todo ello recibiera la oportuna información, en su momento, de la citada enfermedad, porque, en caso contrario, habría que defender la versión que mantiene respecto al conocimiento de la misma, salvo prueba en contrario.

En conclusión, al tratarse de daños permanentes, distinto de los daños continuados, el plazo de prescripción del año para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial, ha de computarse desde que tuvo conocimiento de la existencia de la misma.

Respecto al fondo de la cuestión, esto es, si de haberse admitido el recurso, debía estimarse o no, el relato de hechos, no nos arroja claridad alguna para manifestarnos en un sentido o en otro. Lo que sí es claro es que, en este momento, no existe el servicio militar obligatorio y, por lo tanto, en principio, su estancia en la Armada tenía carácter voluntario. De cualquier manera, desconocemos la incidencia concreta que dicha estancia tuvo en la enfermedad luego diagnosticada.

## **2. Comentar todo lo pertinente en relación al recurso de reposición interpuesto por el interesado, y a la resolución dictada por la Administración.**

En primer lugar, respecto a la procedencia del recurso de reposición, debemos significar que es correcto toda vez que, según la Ley 30/1992, en el ámbito de la Administración General del Estado corresponde, por regla general, al Ministro del Departamento afectado resolver las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. Y, a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), el acto de un Ministro agota o pone fin al procedimiento administrativo, y tan solo cabe frente a él, o bien, recurso potestativo de reposición, o bien, directamente, recurso contencioso-administrativo.

En relación a la resolución administrativa del recurso, respecto al carácter extemporáneo de la acción ejercitada ya nos hemos manifestado en el punto anterior.

Respecto a que, igualmente, no se admitiera el recurso porque aparecía firmado por otra persona, debemos significar que para las solicitudes de iniciación del procedimiento administrativo en general, el artículo 70.1 d) de la Ley 30/1992 exige la firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio. Por su parte, el artículo 110.1 c) exige la firma del recurrente en el escrito de interposición del recurso. Por lo tanto, en principio, era obligatoria la firma del recurrente. Ahora bien, podría haber sucedido que el recurso se hubiere presentado a través de un representante, y que la firma correspondiera a él, aunque es cierto que en este caso, sería preciso que figurará en el escrito del recurso el nombre y apellidos del representante según establece el artículo 70.1 a). Es más, conforme al artículo 32.2 para entablar recursos «deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado». Si esto es lo que sucedió, al amparo del artículo 32.4, conforme al cual «la falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se subsane el defecto dentro del plazo de 10 días que deberá conceder el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran», resulta claro que estábamos en presencia de un defecto subsanable y que, por lo tanto, la administración antes de no admitir el recurso, debió requerir al interesado la subsanación.

Igualmente, aunque esa firma no fuera la de su representante, debió requerirse al interesado para que se ratificara en el escrito subsanando el defecto de falta de firma original, con base en el artículo 71.1 de la Ley 30/1992. Por lo tanto, en ningún caso, la Administración obró correctamente, alegando este motivo como de no admisión del recurso.

Finalmente, respecto a que tampoco la Administración admitía el recurso en base a que estábamos en presencia de un acto de trámite, no es del todo cierto, porque es verdad que una resolución administrativa no admitiendo un recurso, es un acto de trámite, pero es un acto de trámite cualificado, a tenor del artículo 107, porque origina indefensión y pone fin al procedimiento. Por lo tanto, este tipo de actos sí admite la vía del recurso.

### **3. Ajuste a derecho de la actuación administrativa consistente en iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial sin realizar ningún trámite previo.**

No cabe duda de que esta actuación administrativa, en resumidas cuentas, es favorable para el interesado y, por lo tanto, no parece preciso oírle previamente al respecto.

Parece que la Administración lo que ha realizado es una revocación de su actuación anterior mediante la que se negaba a incoar al procedimiento administrativo aduciendo distintas razones. Tuvi- mos ocasión de analizar que la única atendible para no iniciar el referido procedimiento, era el carácter extemporáneo de la acción ejercitada, siendo rechazables todas las demás.

Dos precisiones debemos hacer para resolver esta cuestión: en primer lugar, que la Administración debió formalmente dictar un acto administrativo revocando aquellas actuaciones, pero, en segundo lugar, debemos señalar que uno de los límites fijados por el artículo 105 de la Ley 30/1992 a la revocación de los actos administrativos desfavorables o de gravamen, es que no sean contrarios al ordenamiento jurídico. Y no cabe duda, como tuvimos ocasión de comprobar, salvo que otra cosa se descubra, que la acción ejercitada fue extemporánea al haber pasado el plazo del año que fija el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, luego toda actuación administrativa en otro sentido sería contraria a derecho, porque supondría vulnerar el citado artículo. De manera que no procedía la apertura del procedimiento administrativo alguno.

### **4. ¿Interpretó correctamente el silencio administrativo el compañero del interesado que, al haber pasado por su misma situación, solicita de la Administración se le tenga como interesado en el procedimiento administrativo?**

La respuesta debe ser negativa. Como se deduce de la propia regulación de la Ley 30/1992, artículos 43 y siguientes, la regulación del silencio positivo se circunscribe a aquellas resoluciones que pongan fin a los procedimientos administrativos, pero no a los actos de trámites y, dentro de ellos y con carácter específico, a la solicitud de constituirse como interesados en un procedimiento incoado a solicitud de un tercero.

Esa persona lo que debe hacer es un remitir su solicitud y pedir que se ponga en marcha del procedimiento administrativo respecto a él. Otra cuestión será si, con posterioridad, porque se entienda que existe identidad sustancial o íntima conexión se acuerde la acumulación de procedimientos.

En conclusión, en este caso, al tratarse de un acto de trámite, no operaba la figura del silencio administrativo.

### **5. ¿Tiene razón la Administración cuando solicita al órgano jurisdiccional que ordene la retroacción del procedimiento al momento en que debe informar el Consejo de Estado, por ser preceptivo su informe, y no entre en el fondo del asunto?**

Es cierto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que regula el procedimiento de responsabilidad patrimonial en el ámbito de la Administración General del Estado transcurridos seis meses desde que se inicia el procedimiento por el plazo que resulte de añadirles un período extraordinario de prueba, sin que haya recaído resolución expresa o, en su caso, se haya formalizado el acuerdo, podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización solicitada. Por tanto, el interesado podía ya interponer el oportuno recurso.

También es cierto que el artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, exige el informe preceptivo de la Comisión Permanente de dicho órgano cuando se trate de reclamaciones formuladas a la Administración del Estado superiores a los 6.000 euros. Y es verdad que se trata de un informe preceptivo determinante para la resolución del procedimiento cuya omisión acarrea la anulación de la resolución dictada en su caso. Pero, como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo del 2004 «cuando exista resolución expresa de la Administración y se ha omitido el dictamen del Consejo de Estado, tal defecto acarrea la nulidad debiéndose reponerlas actuaciones para que se emita el mismo y, por el contrario y ante el silencio de la Administración, cuando falta el dictamen del Consejo de Estado sin un pronunciamiento expreso sobre dicha reclamación, corresponde a la Sala enjuiciar el fondo sin que proceda la nulidad del acto para recabar el informe del Consejo de Estado».

En el caso que comentamos nos hallamos ante la segunda de las posibilidades ya expuestas, es decir, ante la falta de resolución expresa. Por ello, esto no impide que el órgano judicial entre el análisis del fondo del asunto, sin necesidad de recabar el informe del órgano consultivo. Otra interpretación mermaría el derecho a una tutela judicial efectiva y premiaría a la culpable de la omisión de dicho informe que no es otra que la Administración que es la que instruye y debe resolver el procedimiento, demorándose, en definitiva, la resolución final de estos procedimientos a voluntad de la propia Administración y en perjuicio de los afectados.

### **6. Ajuste a derecho de la resolución del ayuntamiento que desestima las reclamaciones de responsabilidad planteadas.**

El instituto de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, reconocido en el Régimen Local en el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), da lugar a una tipología inagotable dentro de la expresión «funcionamiento de los servicios públicos» propios de la competencia local.

Entrando en el caso planteado, parece evidente que se ha producido un funcionamiento anormal de los servicios públicos municipales, al no reaccionar contra la construcción de una obra sin licencia en la forma prevista en el artículo 184 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 (a

falta de legislación autonómica), que obliga al alcalde, en los casos de obras sin licencia, a decretar la suspensión inmediata de las obras y a requerir al interesado para que solicite la oportuna licencia en el plazo de dos meses.

Si el derribo de un muro ha ocasionado lesiones en varios viandantes tiene su causa tanto en el defecto de medidas de seguridad que debieron imponerse por el ayuntamiento mediante la perceptible licencia, como en la falta de paralización de la ejecución que debió adoptarse inexcusablemente e impuesta por la disciplina urbanística. Puede hablarse, sin duda alguna, de la posible responsabilidad patrimonial del ayuntamiento, porque parece evidente la relación causa-efecto necesaria para que se produzca tal responsabilidad y la consiguiente indemnización.

Se ha producido una indebida inactividad administrativa que da origen al nacimiento de este tipo de responsabilidad, por lo que, tras la instrucción del oportuno procedimiento administrativo, deberá dictarse resolución estimatoria de la reclamación planteada, con independencia de la cantidad a indemnizar a los perjudicados que dependerá de las circunstancias concretas del caso.

### **7. ¿Era compatible la condición de concejal del señor «XXX» con el tipo de contrato que ha formalizado con el ayuntamiento? ¿Era el alcalde competente para declarar esta compatibilidad?**

Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, la respuesta, en principio, ha de ser positiva a tenor de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).

El contrato, por mucho que se vaya a realizar al amparo de una subvención de empleo, no deja de ser un contrato laboral, exigiéndose al trabajador los mismos requisitos para contratar que al resto de los ciudadanos y, además, los que derivan de la condición de concejal.

No obstante, debe ser tenida en cuenta la interpretación que, sobre este asunto, ha realizado la Junta Electoral Central. En las mismas se afirma que tratándose de obras o servicios subvencionados por la comunidad autónoma u otras Administraciones, siempre se había considerado la existencia de incompatibilidad con la condición de concejal, a tenor de lo establecido en el artículo 178.2 b) de la LOREG, referido a directores de servicios, funcionarios o restante personal en activo del respectivo ayuntamiento y de las entidades de establecimientos dependientes de él:

- Afecta a todo el personal en activo del ayuntamiento cualquiera que sea el régimen jurídico de su relación con la corporación local (Acuerdo de 12 de abril de 1991).
- Se aplica a todas las personas contratadas por la corporación local aunque no sea esta la entidad que abona su retribución (Acuerdo de 4 de abril de 1991).
- Alcanza a los trabajadores contratados por el ayuntamiento para trabajar con cargo a una subvención concedida en virtud de un acuerdo de colaboración entre el INEM y las corporaciones locales (Acuerdo de 27 de enero de 1992).



- Es indiferente si el ayuntamiento es la entidad que abona la retribución y si el interesado no es personal de plantilla (Acuerdo de 15 de junio de 1992).

El mismo Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de febrero de 1995, considera que la contratación laboral de un concejal, pese a la incompatibilidad existente, puede ser constitutiva de un delito de prevaricación.

Sin embargo, la propia Junta Electoral Central considera que no existe incompatibilidad, siempre que no se integren en la plantilla del ayuntamiento (Acuerdo de 8 de noviembre de 1999). Por lo tanto, si la contratación es esporádica y por pocos días parece que debería flexibilizarse la interpretación de la norma. Así, en Acuerdos de 2 de junio y 5 de noviembre de 2005, declara que no existe incompatibilidad con la condición de que el concejal interesado no se incorpore a la plantilla del ayuntamiento, ni tampoco cuando se trate de obras de corta duración y financiación con fondos ajenos al ayuntamiento, siempre que no se convierta en contratista de la corporación local.

En conclusión, ha de realizarse una interpretación atendiendo tanto el tipo de contrato como a la duración, sin olvidar que esta interpretación debe ser restrictiva, como excepción a la norma general de incompatibilidad que se establece de manera tan precisa.

En relación a si era el alcalde el órgano competente para declarar esta compatibilidad, queremos señalar que no, es el Pleno al que le corresponde apreciar esta posible causa de incompatibilidad, conforme al artículo 10 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las entidades locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

Finalmente señalar que en el caso de que se declare que existe situación de incompatibilidad, el afectado deberá optar entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que dé origen a la referida incompatibilidad.

## **8. ¿Cómo se resolverá el recurso planteado por el grupo político opositor?**

Se resolverá no admitiéndose el mismo por falta de legitimación para recurrir.

El artículo 63.1 b) de la LRBRL considera legitimados para recurrir los actos y acuerdos de las entidades locales a los miembros de la corporación que hubieren votado en contra. Por tanto, no se confiere la legitimación a los grupos políticos en sí, sino a cada uno de sus miembros que votó en contra del mismo, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en alguna ocasión, ha remitido el recurso interpuesto por un grupo municipal, por razones de economía procesal, cuando todos votaron en contra, pero no es lo normal, ni es esto lo que dice la ley.

Respecto al fondo del asunto, de haberse admitido el recurso, debemos señalar que el mismo debería haber sido estimado porque, efectivamente, el acuerdo adoptado es contrario a derecho.

El señor «XXX» debería haberse abstenido de intervenir en el asunto, ya que el relato de hechos señala que, además de concejal, era miembro de la asociación de padres de alumnos de la localidad, por lo que en el acuerdo adoptado, consistente en la renovación del convenio para la impartición de primero y segundo de la ESO realizado con el Ministerio competente en materia de Educación, no cabe duda de que tenía un interés personal en el mismo, debiéndose de aplicar la causa de abstención y recusación contemplada en el artículo 28.2 a) y b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. No olvidemos, por otra parte, que su voto fue decisivo para la renovación del referido convenio, ya que señala el relato de hechos que se había producido un empate y que dirimió ese mismo el alcalde, con su voto de calidad, habiendo votado el alcalde en el mismo sentido que el señor «XXX».

En conclusión, el señor «XXX», a tenor de lo establecido en los artículos 28.1 de la Ley 30/1992, y 183.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento (ROF), debió haberse abstenido de intervenir. Al no hacerlo así, y ser su voto decisivo, acarrea la invalidez del acuerdo adoptado.

## 9. ¿Cómo se resolverá el recurso planteado por otro concejal?

A las sesiones extraordinarias y urgentes se refiere el artículo 79 del ROF, debiendo incluirse como primer punto del orden del día el pronunciamiento del pleno sobre la urgencia, ya que en este tipo de sesión no se respeta la antelación mínima de dos días hábiles entre la convocatoria y su celebración.

Es cierto que en este caso se cumplen con esos requisitos formales, en el sentido de que el pleno ratificó la urgencia del asunto a tratar. Sin embargo, esto no quiere decir, que en modo alguno pueda discutirse si, efectivamente, concurría la misma impidiendo esa antelación mínima de dos días hábiles que constituye un aspecto esencial para que los concejales puedan documentarse e informarse debidamente, sobre el asunto a tratarse.

El Tribunal Supremo considera que el plazo de antelación establecido para la convocatoria del pleno constituye una de las condiciones que resultan necesarias para el debido ejercicio del derecho de participación política del artículo 23 de la Constitución, por lo que su limitación, sin la debida justificación, comporta una infracción de dicho derecho fundamental.

Así, en la Sentencia de 27 de junio de 2007, señala literalmente:

«No basta tan solo con que ese lapso de tiempo no haya afectado al derecho de información por haberse podido satisfacer a través de otros trámites municipales, pues ese mínimo de antelación temporal rige en principio también para la preparación de la intervención que cada concejal quiera desarrollar en el pleno; es decir, rige para todas las actuaciones, no solo para la información, que el concejal quiera llevar a cabo en el ejercicio de su actividad política... Toda convocatoria de urgencia ha de de cumplir el requisito formal de su ratificación por el pleno municipal, pero no basta con esa ratificación. Es necesario que las razones aducidas para dicha urgencia tengan por su propia natu-

raleza entidad suficiente para explicarla, esto es, que evidencian que no era posible o conveniente la observancia del plazo de antelación que rige como norma general...»

En el caso que comentamos no se justifica, ni se deduce en ningún momento, la urgencia del asunto a tratar, más bien queda de manifiesto que no era tan urgente, para que no pudiera esperar el plazo de dos días hábiles entre la convocatoria y su celebración.

El asunto consistía, como ya hemos señalado, en renovar un convenio en materia de educación para el curso del año siguiente, y debemos tener en cuenta que el acuerdo se adopta en el mes de enero de ese año. ¿No se podría haber celebrado una sesión extraordinaria normal para tratar esta cuestión?, ¿no se podía haber esperado dos días hábiles desde la convocatoria para adoptar este acuerdo?

En conclusión, no parece que el asunto tuviera la suficiente entidad o naturaleza, para justificar la celebración de una sesión extraordinaria y urgente con lo que de restricción supone para los concejales este tipo de sesión, por lo que habrá de estimarse el recurso planteado por el concejal, decretándose la nulidad absoluta de la sesión celebrada, por vulnerar las reglas esenciales que conforman la voluntad de los órganos colegiados [art. 62.1 e) de la Ley 30/1992].

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Constitución Española, art. 23.
- Ley Orgánica 3/1980 (Consejo de Estado), art. 22.13.
- Ley Orgánica 5/1985 (LOREG), art. 178.2.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 54 y 63.
- Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 28.1 y 2, 43, 62.1 e), 70, 71, 105, 107 y 142.5.
- Ley 6/1997 (LOFAGE), disp. adic. decimoquinta.
- RD 1346/1976 (TRLS76), art. 185.
- RD 2568/1986 (Rgto. de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales), arts. 10, 79 y 183.1
- RD 429/1993 (Responsabilidad Patrimonial), art. 13.3.
- SSTS, Sala Tercera, de 27 de diciembre de 1985, 13 de mayo de 1987, 4 de julio de 1990, 14 de mayo de 2004 y 28 de febrero de 2007.