

ENTIDADES LOCALES. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

JULIO GALÁN CÁCERES

*Miembro del Cuerpo Jurídico de la Defensa y
Profesor del CEF*

Palabras clave: entidades locales, plenos extraordinarios, impugnación de acuerdos.

ENUNCIADO

El día 25 de febrero de 2007 el alcalde del municipio XXX de régimen común, con un número total de 11 miembros, incluido el alcalde, y cuyos recursos ordinarios del presupuesto se elevan a 500.000 euros, a instancias de una cuarta parte de los concejales pertenecientes al grupo municipal opositor, acuerda celebrar un pleno extraordinario para debatir y votar sobre diversos puntos del orden del día que, posteriormente, referiremos. Dicho pleno se celebraría el día 28 de febrero de 2007, a las 8,15 horas en primera convocatoria y, para el día 4 de marzo de 2007, a las 8:15 horas en segunda convocatoria. La convocatoria fue notificada a los concejales en fecha 26 de febrero del 2007 a las 12,15 horas.

Con fecha 27 de febrero de 2007, el grupo municipal convocante presenta escrito ante el propio Ayuntamiento impugnando la referida convocatoria para el pleno del día 28 de febrero, invocando artículos de la normativa legal al respecto para demostrar que no se había respetado el mínimo de antelación que debe mediar entre la convocatoria y la celebración de la sesión.

La Administración resuelve aquel escrito desestimando lo solicitado por las siguientes razones:

- 1.^a Entre la convocatoria del día 25 de febrero y la celebración del pleno del día 28 de igual mes y año, si se intercalan los dos días hábiles preceptivos.
- 2.^a Que la finalidad de la existencia de un plazo mínimo de antelación es para que los convocados puedan recabar la documentación e información necesaria y, en este caso, al tratarse

de un pleno convocado a instancia de los solicitantes, no necesitaban recabar información ni documentación alguna.

- 3.^a Que no se produjo indefensión alguna, pues algunos de los solicitantes del grupo opositor, estuvieron presentes en la sesión.

Es de resaltar que el alcalde incluyó como puntos en el orden del día, un turno de ruegos y preguntas, así como otra cuestión que no había sido solicitada por los peticionarios de la sesión.

Llegado el día de la sesión, estando presentes, incluido el alcalde, siete del total de sus miembros, se inició la misma, pasándose directamente a los oportunos debates de las cuestiones planteadas.

En el momento de la votación de los citados acuerdos, se ausentaron del pleno cuatro de los concejales aduciendo diversas razones. Pese a ello, algunas de las cuestiones, que tan solo exigían la mayoría simple, fueron aprobadas por unanimidad de los restantes miembros presentes.

El orden del día lo conformaron los siguientes puntos:

PRIMERO. Acordar la periodicidad trimestral de las sesiones plenarias ordinarias, que deberán celebrarse a las 9,30 horas del último jueves de cada trimestre natural, aunque sea día inhábil.

Este acuerdo fue aprobado por la mayoría suficiente, pero impugnado por un concejal que votó en contra, alegando que el mismo vulnera lo dispuesto en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución Española, ya que generan discriminación respecto de los concejales que no forman parte del equipo de gobierno al no permitirle acceder en iguales condiciones que los anteriores por el cumplimiento de sus obligaciones profesionales e, igualmente, porque incluye los días inhábiles para la celebración de las sesiones plenarias.

SEGUNDO. Crear diversas comisiones informativas y la comisión de cuentas, inexistentes hasta entonces, ya que hacía muy poco tiempo que se había constituido la nueva corporación. Las comisiones se reunirán a las 9,00 horas, el mismo día del pleno, estableciéndose a su vez su composición.

Este acuerdo fue recurrido por otro concejal que votó en contra, alegando que vulnera claramente lo establecido en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales.

TERCERO. Sin existir expediente previo alguno, se acuerda lo siguiente:

- «• Para el cargo del alcalde con dedicación exclusiva, una retribución bruta mensual de 2.800 euros, con 14 pagas al año del mismo importe.
- Para el cargo de primer teniente de alcalde con dedicación exclusiva, una retribución bruta mensual de 1.520 euros, con 14 pagas al año del mismo importe.

- Para el cargo de segundo teniente de alcalde con dedicación parcial (50%), una retribución mensual bruta de 1.000 euros, con 14 pagas al año del mismo importe.
- Para el resto de concejales, con delegaciones de servicios, al ser todos funcionarios públicos, se propone una dedicación parcial a realizar fuera de su horario de trabajo y con una retribución mensual, con 12 pagas al año, en función del tiempo realmente dedicado a su delegación.»

Otro concejal que votó en contra señala que este acuerdo se ha dictado:

- a) Con violación de lo dispuesto en el artículo 84 del ROF, pues no se ha tenido suficiente información previa al debate.
- b) Que se ha violado el principio de legalidad que previene el artículo 9.º 3 de la Constitución Española, porque se trata de unos sueldos muy diferentes de los que rigen en el ámbito laboral.
- c) Que se ha adoptado en fraude de ley en relación con el artículo 82.2 del ROF.
- d) Y que vulnera el artículo 143 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

CUARTO. Se acuerda sustituir la existencia de las mesas de contratación por la comisión informativa de Hacienda en todos los contratos administrativos que deban adjudicarse por el Ayuntamiento. Se fundamenta este punto, en primer lugar, en el principio de autonomía local y, en segundo lugar, en que los artículos del Texto Refundido de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas relativos a la mesa de contratación, según la disposición final, no tienen el carácter de básicos. Además, en realidad, este órgano es igualitario y de composición equivalentes, pues lo forman el alcalde o concejal en quien delegue, concejales de todos los grupos políticos, y está asistido por el secretario de la corporación o funcionario en quien delegue.

QUINTO. Al haberse acreditado que una constructora ha edificado sobre una parte de un vial, y como la obra ya está finalizada, el dueño de la misma ha propuesto al Ayuntamiento la cesión de una porción de terreno mucho mayor, lo que interesa al Ayuntamiento en beneficio del interés general. El equivalente económico de la operación se eleva a 180.000 euros. Se plantea acceder a lo solicitado por el dueño de la obra. Finalmente, el acuerdo se aprobó por el voto favorable de cinco miembros de la corporación.

Finalmente, es de resultar que al finalizar el debate y la votación de los diversos puntos del orden del día, tras el turno de ruegos y preguntas, un grupo municipal presenta una moción para ser tratada como extraordinaria y urgente a fin de que se adjudique por subasta el arrendamiento de una finca patrimonial propiedad del ayuntamiento que lleva mucho tiempo improductiva. Es intención del alcalde no acceder a lo que desea el grupo municipal proponente.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Comente todo lo concerniente sobre el ajuste a derecho de la convocatoria realizada, escrito de la oposición y resolución del Ayuntamiento al respecto.
2. ¿Resulta ajustado a derecho que se haya incluido como punto del orden del día los ruegos y preguntas?
3. ¿Resulta ajustado a derecho que se haya incluido en el orden del día otra cuestión no solicitada por los peticionarios de la sesión extraordinaria?
4. Antes de iniciarse el debate, ¿debió el pleno plantearse otra cuestión previa?
5. ¿Existía quórum para iniciarse la sesión plenaria y se mantuvo a lo largo de toda ella?
6. Indicar cómo se resolverán los recursos interpuestos contra la aprobación de los puntos primero, segundo y tercero, con independencia de otras posibles y anteriores infracciones del ordenamiento jurídico.
7. ¿Resulta ajustado a derecho acordar la sustitución de las mesas de contratación por la comisión informativa de Hacienda?
8. ¿Resulta ajustado a derecho la aprobación del punto número 5 del orden del día?
9. Comente todo lo conveniente respecto a la presentación por un grupo municipal de una moción para ser tratada como extraordinaria y urgente para que se adjudique por subasta una finca propiedad del Ayuntamiento que lleva mucho tiempo improductivo, así como la intención del alcalde de no acceder a lo que pide el grupo municipal.

SOLUCIÓN

1. Con respecto a la solicitud de sesión extraordinaria por la cuarta parte de los miembros de la corporación es de señalar que se permite en el artículo 46.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, debiendo el alcalde convocarla de forma obligatoria, puesto que en caso contrario, quedaría automáticamente convocada.

Por su parte, el artículo 80.4 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, señala que entre la convocatoria y la sesión no podrán transcurrir menos de dos días hábiles, salvo en el caso de sesiones extraordinarias urgentes.

En relación a la naturaleza del escrito, habida cuenta de que el relato de hecho nos indica que se presenta ante el Ayuntamiento y que se resuelve por la Administración, y que lo presenta el grupo

municipal, debe ser considerado como un recurso de reposición puesto que la convocatoria realizada por el alcalde es un acto que pone fin a la vía administrativa (art. 52. 2 de la Ley 7/1985).

Con respecto a la resolución de este recurso, debemos señalar lo siguiente:

a) No parece que tenga legitimación el grupo municipal para presentar un recurso contra el acto de la convocatoria, sino que la legitimación la tienen, de forma individualizada, los distintos concejales de la corporación, con independencia de que puedan presentar un único escrito del recurso firmado por todos ellos. Por lo tanto, este recurso debió resolverse no admitiéndose por falta de legitimación del recurrente.

b) Respecto a los argumentos utilizados en el mismo señalamos lo siguiente:

- En relación al cómputo de los plazos entre la convocatoria y la celebración del pleno, ya señalamos con anterioridad que el artículo 80.4 del ROF señala que entre la convocatoria y la celebración no podrán transcurrir menos de dos días hábiles, salvo en el caso de sesión extraordinaria y urgente.

No tiene razón la Administración cuando señala que se computa el plazo desde el momento en que el alcalde firma la convocatoria y no que desde el momento en que se notifica dicha convocatoria a los concejales convocados, ya que el concepto «convocatoria» conlleva implícita la llamada a los interesados que solo mediante notificación puede hacerse efectiva.

Si se siguiera la tesis de la Administración, bastaría que el alcalde dictase la resolución de la convocatoria, no la publicase ni notificase, para que fuese válida la celebración del pleno en ausencia de los concejales que, lógicamente, desconocerían, el momento de dicha celebración.

Así pues, la convocatoria se perfecciona con la notificación a los destinatarios y, en este caso, dicha notificación se produjo el 26 de febrero de 2007.

Con respecto al cómputo de plazos ha de hacerse «por días» y no por horas, por imperativo legal, y es preciso acudir al artículo 48.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual «los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate», lo que para nuestro supuesto supone excluir el 26 de febrero de 2007 como día a computar, de modo que a la celebración del pleno del día 28 solo le precedió un día hábil (el día 27) y no los dos exigidos por el citado artículo 80.4 del ROF.

- Acerca de la innecesariedad del plazo de antelación, al no existir documentación que consultar, debemos señalar que el referido artículo 80.4 del ROF, no establece ninguna distinción entre los supuestos de plenos convocados a instancias del alcalde o a instancia de los concejales. En todo caso, se exige el transcurso de los dos días hábiles con la sola excepción de los plenos extraordinarios urgentes.

De seguirse el argumento de la Administración, no habría plazo de convocatoria anticipada en los plenos convocados a instancias de los concejales.

Con relación a la falta de indefensión, al no respetarse los plazos citados, es de señalar que tampoco tiene razón la Administración, puesto que el relato de hechos indica que alguno de los miembros convocantes no acudieron a ese pleno. Por otro lado, de interpretar la inexistencia de indefensión en este caso, por el mero hecho de acudir a la sesión, supondría suprimir de facto el requisito del plazo de convocatoria. En este sentido, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2001, reiterando otra de 5 de julio de 1994 ya precisa que «la defectuosa convocatoria no puede entenderse subsanada por el hecho de que los concejales recurrentes estén presentes en la sesión, pues para que tal presencia pudiera tener eficacia subsanadora de la convocatoria viciada, hubiera sido precisa la presencia de todos los miembros de la corporación y su acuerdo unánime de celebrar la misma por aplicación de lo dispuesto en el artículo 26.3 de LRJPAC».

En conclusión de todo lo señalado debemos afirmar que la convocatoria, así como los acuerdos adoptados en esta sesión, son nulos de pleno derecho a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1 de la LRJPAC, por vulnerar las normas esenciales que regulan la formación de voluntad de los órganos colegiados.

2. No constituye vulneración de ningún precepto legal puesto que es cierto que los artículos 82.4 y 91.4 del ROF exigen este trámite en las sesiones ordinarias, sin que en estos preceptos se haga referencia a las sesiones extraordinarias. Pero de esto no puede deducirse que esté prohibido incluir el turno ruegos y preguntas en las sesiones extraordinarias. Lo único que establecen los citados artículos es que en las sesiones ordinarias debe existir este punto del orden.

Según el artículo 82.1 del ROF, el orden del día de las sesiones será fijado por el alcalde asistido por la secretaría, pudiendo, por tanto, incluir en esta sesión el turno de ruegos y preguntas.

3. El artículo 46.2 de la Ley 7/1985 exige para que esto sea posible autorización expresa de los solicitantes de la convocatoria. Si no se hizo así, y se adopta acuerdo al respecto, a tenor de lo previsto en el artículo 83 del ROF, el acuerdo será nulo de pleno derecho, porque no debió ser incluido en el orden del día.

4. Al respecto, debemos señalar que incumple lo dispuesto en el artículo 91.1 del ROF que indica que «las sesiones comenzarán preguntando el presidente si algún miembro de la corporación tiene que formular alguna observación al acta de la sesión anterior que se hubiese distribuido en la convocatoria». Este artículo no distingue si se trata de sesión ordinaria o extraordinaria. Por tanto, la aprobación del acta de la sesión anterior debió ser el primer trámite a realizar en esa sesión. Sin embargo, ello no quiere decir que la ausencia de este trámite conlleve, solo por ello, la nulidad de los acuerdos adoptados, sino que en virtud de la conservación de los actos administrativos, habría que defender la validez del resto de los recursos.

5. Al comenzar la sesión asisten un total de seis concejales y el alcalde, lo que supone que exista quórum, a tenor de lo dispuesto en los artículos 46 c) de la LRBRL y 90.1 del ROF, que exigen la presencia de al menos un tercio del número legal de miembros (recordamos en este caso que el total de miembros de la corporación es 11).

Sin embargo, la ley exige que ese quórum se mantenga durante toda la sesión. Al indicarnos el relato de hechos que, en un momento dado y por diversas razones, se ausentaron cuatro de los concejales, quedaron en el pleno el alcalde y dos concejales, que es cifra inferior a un tercio de los miembros de la corporación. Por tanto, los acuerdos adoptados con la presencia tan solo de estos tres son nulos de pleno derecho.

6. Con carácter previo, debemos señalar que el recurso procedente será, o bien el de reposición, o bien el contencioso-administrativo, puesto que los acuerdos del pleno ponen fin a la vía administrativa (art. 52 de la Ley 7/1985).

Punto Primero. Se acuerda la celebración de sesión ordinaria con periodicidad trimestral, el último jueves de cada trimestre natural, aunque sea día inhábil, estableciendo como hora las 9,30.

El recurso se fundamenta en que este acuerdo vulnera los artículos 14 y 23.2 de la Constitución Española, pues supone una discriminación respecto de los concejales que no forman parte del equipo de gobierno al no permitirles acceder en igualdad de condiciones que aquellos al tener que cumplir sus obligaciones profesionales e, igualmente, porque incluye los días inhábiles.

Debemos señalar que no tiene razón alguna respecto a los argumentos utilizados.

En orden a los días y horas de celebración de las sesiones ordinarias, lo único que señala la ley de bases es que su periodicidad, así como los días de su celebración, se establece por acuerdo del pleno, y que como mínimo habrá de celebrarse una sesión ordinaria cada tres meses, artículos 46.2, 47.1 de la LRBRL y 78. 1 del ROF.

Estos preceptos, ni distinguen ni establecen si los días de las sesiones pueden o no ser festivos, tampoco si se han de celebrar por la mañana, tarde o incluso noche, salvo la única referencia del artículo 97 del ROF, en el sentido de que la sesión debe desarrollarse bajo el principio de unidad de acto, de forma que se debe procurar que termine el mismo día en que comience, de tal forma no existe precepto alguno que inhabilite día u hora para su celebración, así pues, donde la ley no distingue, tampoco nosotros podemos distinguir, de forma que el legislador ha querido dejar en plena libertad a cada corporación para que organice a su manera el régimen de sesiones, exigiéndoles únicamente que lo determinen y concreten, bien en un Reglamento Orgánico, bien por acuerdo expreso, con objeto de que exista una mínima garantía de periodicidad.

Tampoco puede considerarse que al establecerse como hora de las sesiones las 9,30 horas se le vulnere ningún precepto constitucional, porque la hora no es intempestiva, se ajusta a lo que pre-

viene la ley, se sabe de antemano, lo cual permite planificar las obligaciones laborales y, finalmente, todo trabajador por cuenta ajena o funcionario tiene derecho a exigir, bien de su empleador o bien de las Administraciones Públicas, la licencia necesaria para asistir a las funciones del pleno como actos públicos, propios de la función pública que son.

Punto Segundo. Se acuerda crear las comisiones informativas, inexistentes hasta entonces, dada la proximidad de las últimas elecciones locales, acordándose igualmente que se reunirán a las 9,00 horas el mismo día del pleno.

Este acuerdo es recurrido por otro concejal, argumentando, con carácter general, que se vulneraba lo dispuesto en el ROF.

Con respecto a las comisiones informativas debemos señalar que a tenor de lo dispuesto en el artículo 119.1 b) del ROF, se trata de órganos complementarios de las entidades locales territoriales.

El artículo 20 c) de la Ley 7/1985 señala que los municipios de más de 5.000 habitantes y en los de menos cuando así lo prevea su Reglamento Orgánico o lo acuerde el Pleno existirán, si la legislación autonómica no prevé otra forma organizativa, órganos que tengan por objeto el estudio, informe o consulta de los asuntos que han de ser sometidos a la decisión del Pleno.

Por su parte, se dispone igualmente que todos los grupos políticos integrantes de la corporación tendrán derecho a participar en estos órganos; en este sentido la jurisprudencia (Sentencia, entre otras, 30/1993, de 25 de enero) ha insistido en la exigencia de una composición proporcional de las comisiones informativas, «ya que, al ser divisiones internas del pleno, deben reproducir en cuanto sea posible la estructura política de este, para evitar que se elimine la participación de los concejales de la minoría en la fases de estudio y elaboración de propuestas, que es de trascendental importancia, y para evitar que se quite a la minoría la posibilidad de participar con plena eficacia en el estudio final de la decisión».

Y, efectivamente, se considera, a tenor de lo dispuesto en los artículos 82 y 126.2 del ROF, como preceptivo el informe previo de dicha comisión respecto a aquellos asuntos que se hayan incluido en el orden del día para ser tratados en las sesiones plenarias.

Sin embargo, los mismos preceptos permiten que en caso de urgencia debidamente motivada por el presidente o alcalde, se puedan incluir asuntos en el orden del día sin dictamen previo de la comisión informativa correspondiente, aunque en este supuesto no podrá adoptarse acuerdo alguno sobre estos asuntos sin que el pleno ratifique su inclusión en el orden del día.

Por otra parte, recordamos que era en esa sesión donde se creaban las comisiones informativas, inexistentes hasta entonces por la proximidad de las elecciones locales celebradas, luego difícilmente podría exigirse el informe previo de un órgano que todavía no existía. Además, debemos recordar que la corporación contaba con 11 miembros, por tanto el municipio tenía menos de 5.000

habitantes, de manera que a tenor de lo dispuesto en el citado artículo 20 c) del ROF, no era preceptiva la existencia de dicha comisión informativa.

Ahora bien, sí hay un aspecto del acuerdo adoptado donde pudiera tener razón el recurrente. Si se crea la comisión informativa, el carácter previo del dictamen debe analizarse desde la óptica de lo dispuesto en los artículos 82.2 y 84 del ROF, y así debe concluirse que en el momento de la convocatoria de la sesión del pleno, debe estar a disposición de los miembros de la corporación el mencionado dictamen de esa comisión, pues solo así puede incluirse en el orden del día el asunto dictaminado y garantizar a los concejales el examen de la documentación necesaria para la emisión de su voto.

En el supuesto que analizamos, se prevé la reunión de la comisión informativa el mismo día del pleno, a las 9,00 horas, esto supone que el orden del día para los plenos se configura sin que previamente hayan sido dictaminados o sometidos a consulta de la comisión informativa los asuntos que luego van a ser tratados. Esto supone una vulneración clara del derecho de participación en los asuntos públicos reconocido en el artículo 23 de la Constitución Española, por lo que el recurso, en este motivo, deberá ser estimado.

Punto Tercero. Retribuciones e indemnizaciones a los miembros de la corporación.

Este acuerdo fue recurrido por un concejal por entender que se infringía el artículo 84 del ROF, al no haber tenido suficiente información previa al debate; que se ha violado el principio de seguridad jurídica que previene el artículo 9.º 3 de la Constitución Española; que se ha adoptado un fraude de ley en relación al artículo 82.2 del ROF; y que, finalmente, se vulnera lo dispuesto en el artículo 143 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales.

Adelantemos que no tiene razón el concejal recurrente en los argumentos que utiliza.

Las cuestiones relativas a la gratuidad o remuneración de los miembros de las corporaciones locales han supuesto un corto pero polémico desarrollo normativo desde la Constitución de 1978 hasta nuestros días.

En estos momentos la normativa vigente está integrada sustancialmente por lo dispuesto en el artículo 75 de la LRBRL, modificado por la Ley 9/1991, de 22 de marzo, sobre incompatibilidades.

Este artículo distingue claramente entre retribuciones e indemnizaciones. Su párrafo primero establece que «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...».

El párrafo segundo del mencionado precepto dice que «los miembros de las corporaciones locales podrán percibir indemnizaciones en la cuantía y condiciones que acuerde el pleno de la corporación...».

La norma es precisa, en la medida en que, solo podrán percibir un sueldo por el ejercicio de estos cargos aquellos miembros de las corporaciones locales que desempeñen su actividad con dedicación exclusiva. Si no existe dedicación exclusiva, no puede articularse sueldo alguno, ni entregarse a cuenta de los presupuestos municipales cantidades fijas, periódicas, mensuales, pues tales entregas no las permite la norma. Ello fundamentalmente, para evitar dislates presupuestarios y abonos de difícil justificación.

Resta por añadir la posible incompatibilidad retributiva, según se desprende de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades. O lo que es lo mismo, la imposibilidad de percibir más de una retribución con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas u organismos, empresas puentes dependientes, todo ello sin perjuicio de actividades privadas u otras ocupaciones marginales, que no causando detrimento a su dedicación preferente a la corporación y que siendo remuneradas, pueda el pleno de la corporación declararlas compatibles.

Por si fuera poco, el ROF aclaró definitivamente la cuestión, pues en su artículo 13 regula los derechos económicos de los miembros de las corporaciones locales distinguiendo entre los que desarrollen sus responsabilidades corporativas en régimen de dedicación exclusiva, reconociéndoles el derecho a percibir retribuciones y a ser dados de alta en el régimen general de la seguridad social; entre miembros que no tengan dedicación exclusiva que tienen derecho a percibir asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de que formen parte, en la cuantía que señale el pleno. Igualmente, todos los miembros de la corporación, incluso aquellos que desempeñan cargos en régimen de dedicación exclusiva, tienen derecho a percibir asistencias 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 para selección de personal.

Por tanto, es competencia de la corporación determinar bajo qué ámbito queda cada corporativo y la cuantía de las distintas retribuciones e indemnizaciones.

Respecto a que el recurrente no tuvo información al no poder examinar el expediente determinante del acuerdo, debemos precisar que no parece una cuestión que exija, por su índole, expediente previo alguno, sin que por otra parte, pudiera existir informe previo de la comisión informativa porque la misma se crea en esa sesión.

Por otro lado, existe una cierta discrecionalidad administrativa respecto a la fijación de las cuantías concretas de las retribuciones e indemnización, sin que ello suponga, en absoluto, una libertad total para poder fijarlas en la cuantía que estimen pertinente, puesto que el número de habitantes, los problemas que se planteen, la cuantía del presupuesto, el número de horas dedicadas al puesto, etc., son los factores que se deben tener en cuenta a la hora de fijar dichas cuantías, pero sin que se tenga que establecer un paralelismo total con el ámbito de la empresa privada.

Finalmente, recordar respecto a esta cuestión que aquellos que sean funcionarios públicos, deberán solicitar la oportuna declaración de compatibilidades a los órganos competentes.

7. Señala el artículo 12.1 de la Ley 30/1992 que «... la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en esta u otras leyes».

Debemos recordar que la competencia: a) tiene un origen normativo, es decir, nace por la atribución de la ley, y b) es condición de validez de los actos administrativos, de tal forma que su defecto determina la nulidad de tales actos impidiendo la entrada en el análisis del fondo de los mismos.

De este concreto problema se ha ocupado la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2004 llegando a la conclusión de que no es ajustado a derecho sustituir a las mesas de contratación por ningún otro órgano administrativo.

A la mesa de contratación se refiere el artículo 81 del Texto Refundido de la Ley de Contrato de Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y el artículo 295 y siguientes de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, Ley de Contratos del Sector Público, que entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE, cosa que ha sucedido el día 31 de octubre del presente año, configurándola como un órgano de carácter técnico que auxilia al órgano de contratación para la adjudicación del contrato. Su carácter técnico resulta tanto de las funciones que se le encomiendan como de su composición, en cuanto se establece en dicho precepto la exigencia de que entre los vocales figure un funcionario que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor.

A tal efecto la mesa lleva a cabo la calificación previa de los documentos presentados en tiempo y forma, procede en acto público a la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores, valorando las mismas de acuerdo con los criterios indicados en los pliegos de cláusulas, toma iniciativas particulares y efectúa la correspondiente propuesta al órgano de contratación.

Por tanto, la intervención de la mesa de contratación en el procedimiento de adjudicación viene impuesta por la ley con la única salvedad de que intervengan las denominadas juntas de contratación previstas en el artículo 12.4 el citado Texto Legal.

En la citada Ley 30/2007, se prevé para las entidades locales, según su disposición adicional segunda, la existencia, con carácter potestativo, de juntas de contratación para ciertos contratos, allí enumerados, y cuya composición determinará el pleno.

La mesa de contratación realiza una intervención que afecta de manera fundamental a la formación de voluntad del órgano de contratación, ya que en su propuesta incluye la valoración de las proposiciones de los licitadores y, aunque no tenga carácter vinculante, constituye la motivación fundamental de la resolución de adjudicación cuando se acomoda a la propuesta y, en caso contrario, exige una motivación específica que justifique la razón de la adjudicación no conforme con la propuesta.

Por ello, esta sustitución de la mesa de contratación por la comisión informativa de hacienda no es ajustada a derecho por las razones que estamos apuntando.

No puede servir de excusa para tal sustitución, una línea jurisprudencial que venía a considerar la validez de un acto perteneciente a las atribuciones del alcalde cuando se adoptaba por un órgano en el cual el alcalde estaba integrado y su votación iba en el mismo sentido. Esta jurisprudencia que consagra el criterio cuantitativo o de poder, en el sentido de que quien puede lo más puede lo menos, es decir lo que puede el alcalde, lo puede un órgano colegiado del que forma parte, no puede servir en todos los casos siendo fruto, más bien, de una jurisprudencia anterior en la que la normativa legal en lo que se refiere a la atribución de competencias no estaban claramente delimitadas, como sucede en la actualidad. De llevar a sus últimas consecuencias tal criterio supondría la desaparición, de facto, de las competencias del alcalde, porque forma parte de la mayoría de los órganos importantes en la corporación municipal.

El problema de aceptar la sustitución pretendida no es una cuestión meramente numérica, ni de poder, puesto que ninguno de los órganos municipales puede más o menos que los otros sino que cada uno puede con lo suyo, es decir, lo que le sea propio por atribución de la ley, como establece el ya citado artículo 12.1 de la Ley 30/1922.

Acaba señalando la Sentencia de 3 de noviembre de 2004 lo siguiente:

«... no puede sostenerse con éxito la sustitución de la mesa de contratación por otros órganos, como las comisiones informativas... puesto que existe diferente naturaleza, finalidad, competencias y composición respecto de las mesas de contratación, que impide la pretendida sustitución en cuanto supone desconocer tales aspectos normativos y en todo caso, el ejercicio de competencias no atribuidas por el ordenamiento jurídico por un órgano de distinta naturaleza, cuya composición responde a la representación política de la corporación y no a la función técnica que representa la formulación de la propuesta de contratación.»

En conclusión de todo lo dicho, en el caso de que una comisión informativa actúe en sustitución de la mesa de contratación estaríamos en presencia del vicio de nulidad absoluta del artículo 62.1 b), al tratarse de un órgano manifiestamente incompetente, o bien, por omisión de un trámite esencial del procedimiento [art. 62.1 e)], si la citada mesa de contratación no llegara a constituirse.

8. Recordamos que el mismo consistía en la aprobación de una propuesta realizada por una constructora que había edificado sobre parte de un vial, consistente en que como la obra ya estaba ejecutada, sería una porción de terreno mucho mayor que interesaba al ayuntamiento, es decir, una permuta.

Debemos adelantar que esta propuesta no es ajustada a derecho.

En primer lugar debemos señalar que el artículo 47.2 de la Ley 7/1985, exige la aprobación por mayoría absoluta de los miembros de la corporación en caso de enajenación de bienes, cuando

su cuantía excede de un 20 por 100 de los recursos extraordinarios del presupuesto. En este caso, esos recursos se elevaban a la cantidad de 500.000 euros, luego 150.000 euros –valoración económica de la operación–, que excedían de ese 20 por 100. De manera que hubiera exigido el voto favorable de al menos 6 de sus miembros –en total son 11–, y no de 5, como ha sucedido en este caso. Por tanto, existe vicio de nulidad del artículo 62.1 e) por haber prescindido de las normas que regulan las reglas esenciales de la formación de voluntad de los órganos colegiados.

Además, si superara el 25 por 100 de los recursos ordinarios del Presupuesto, hubiera exigido la correspondiente autorización de la Comunidad Autónoma (art. 109.1 Reglamento de Bienes de las Entidades Locales).

Es cierto que el artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, permite la permuta entre bienes siempre que la diferencia de valor no sea superior al 40 por 100 del que lo tenga mayor. Sin embargo, dicha posibilidad ha de aplicarse a los bienes patrimoniales, pero no a los de dominio público como es el caso del vial que fue ocupado indebidamente por la constructora.

En este caso, ha habido una clara infracción del ordenamiento urbanístico, al edificar fuera de las alineaciones establecidas por el planeamiento e invadir el dominio público.

Al tratarse de un vial, es un bien de dominio público, el mismo es inalienable; y, además, probablemente se ha incumplido el planeamiento en cuanto al trazado de la calle.

Por lo tanto, es preciso para que dicha permuta pueda llevarse a cabo, en primer lugar, la modificación puntual del planeamiento, reflejando la alineación y el trazado de la calle en la forma conveniente, con lo que ya se dejaría fuera el trozo ocupado, y este trozo pasaría a ser un bien patrimonial, susceptible de permuta o enajenación. Se produciría una desafectación implícita.

Si el planeamiento urbanístico nada estableciera al respecto, entonces, habría que proceder a la desafectación conforme al procedimiento previsto en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

Finalmente señalar que la permuta se exceptúa de la regla general de la subasta, como así lo determina el artículo 80 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, precepto básico.

9. Varias precisiones debemos hacer al respecto:

- a) En primer lugar, señalar que el artículo 91.4 del ROF permite a los grupos municipales presentar asuntos no incluidos en el orden del día (moción, art. 97.3) antes que los ruegos y preguntas. En este caso, se ha hecho con posterioridad a este trámite. Sin embargo, creemos que se trata de una mera irregularidad no invalidante.

- b) En segundo lugar, esta moción debe tener lugar una vez concluido el examen de los asuntos incluidos en el orden del día, previo ofrecimiento del alcalde o presidente. Si así fuere, el portavoz del grupo proponente justificará la urgencia y el pleno votará sobre la procedencia del debate.

Sin embargo, debemos precisar que el citado artículo 91.4 se refiere a las sesiones ordinarias, por lo que nos podríamos plantear si tal posibilidad es aplicable también a una sesión extraordinaria, como es el caso que nos ocupa. Pudiera ser discutible, sin embargo, no parece que exista inconveniente importante para que este trámite no pueda tener lugar, igualmente, en una sesión extraordinaria. Se puede decir que, entonces, en este caso, los miembros de la corporación que no hayan asistido a la sesión no van a tener conocimiento de que se incluye esa cuestión para ser debatida. Sin embargo, este reproche puede hacerse igualmente si la sesión es ordinaria, en cuyo caso es indiscutible que tal trámite se permite. Por ello, de igual manera que, por ejemplo, se dice en el artículo 82.4 del ROF que las sesiones ordinarias incluirán siempre el turno de ruegos y preguntas y de esto no se puede deducir que esté prohibido dicho punto en las sesiones extraordinarias, lo mismo podemos entender en este caso. Es más, cuando la norma quiere prohibir el trámite de forma expresa así lo dice, por ejemplo el artículo 91 señala que lo dispuesto en el apartado 4 no será la aplicación, en ningún caso, a las mociones de censura.

Deberá ser, por tanto, el alcalde, previo informe del secretario, el que deba resolver sobre si acepta o no la moción presentada.

- c) Se debe precisar que, salvo que decida que esa moción no pueda ser debatida en sesión extraordinaria porque el artículo 91.4 solo lo admite para las sesiones ordinarias, no le corresponderá el decidir sobre el fondo de la cuestión, sino que debe ser el pleno el que se manifieste al respecto. Por tanto, apreciar o no la urgencia del asunto y, en su caso el posterior debate es una cuestión que debe decidir el pleno y no el alcalde.
- d) Respecto al fondo la cuestión debemos señalar que, en principio, no parece que participe de la urgencia que pueda justificar la aplicación del artículo 91.4. De cualquier manera, en el caso de que la corporación considere conveniente ceder la utilización de una finca patrimonial de su propiedad, habrá de hacerlo a través del correspondiente contrato de arrendamiento, cesión de uso o cualquier otro negocio jurídico, que por razón de su objeto tendrá, en principio, carácter civil y no administrativo. Al tratarse de un contrato privado, es aplicable la teoría de los actos separables. Así, en el aspecto formal, relativo a la preparación y adjudicación se rige por el derecho administrativo, en concreto, en primer lugar por la legislación patrimonial, conformada por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986 de 13 de junio. La forma de adjudicación, según el Reglamento de Bienes, ha de ser la subasta, siempre que la duración de la cesión fuese superior a cinco años o el precio estipulado exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto, en cuyo caso cabe la adjudicación directa o procedimiento negociado.

Ahora bien, la cuestión ha cambiado con motivo de la promulgación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), en cuya disposición final segun-

da se clasifican sus preceptos en tres categorías: preceptos de general aplicación, preceptos básicos y preceptos no básicos. Sabido es que el Reglamento de Bienes (RD 1372/1986) tiene carácter supletorio (en preceptos que no son reproducción de preceptos básicos de la LRBRL y TRRL) e incluso respecto de la legislación de régimen local autonómica, entre la que se incluyen los Reglamentos de Bienes dictados por las Comunidades Autónomas.

En la jerarquía normativa en materia de bienes de las corporaciones locales, son aplicables en primer lugar los preceptos que genera la aplicación de la LPAP y a continuación, los preceptos básicos, sean de régimen local (LRBRL y TRRL), sean los contenidos en la LPAP. Y lo cierto es que tienen carácter de básico, dentro de la LPAP, los artículos 106.1 y 107.1, referentes a la explotación de sus bienes por la administración. El artículo 107.1 es claro y rotundo: la forma de contratación es el concurso, salvo los supuestos de adjudicación directa que se contemplan.

De ello cabe deducir que el artículo 92 del Reglamento de Bienes (RD 1372/1986) ha sido desplazado por el artículo 107.1 de la LPAP, precepto básico, por lo que hoy la regla es el concurso. No obstante, podría entenderse que si lo único que pretende la corporación es la obtención del mayor rendimiento económico, podría aplicarse la subasta. Así lo entiende, por ejemplo, la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, cuando establece que el arrendamiento podrá hacerse por concurso si lo que se persigue con la cesión es una rentabilidad social, y por subasta si lo único que se persigue es una pura rentabilidad económica.

En cualquier caso, el artículo 107.1 de la LPAP es de superior rango jerárquico al Reglamento de Bienes, y establece como regla general el concurso.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Constitución Española, art. 23.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 20 c), 46.2, 47.1 y 2, 52 y 75.
- Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 12.1, 26.3, 48.4 y 62.1.
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 106.1 y 107.1
- RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), arts. 81 y 88
- RD 2568/1986 (Rgto. de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales), arts. 78.1, 80.4, 83, 90.1, 91.1 y 4, 97, 112.1, 126.2, 822. 1 y 4.
- SSTS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 25 de enero de 1993, 25 de junio de 2001 y 3 de noviembre de 2004.