

Incompatibilidades de concejales y contratos administrativo y privado y función pública

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.- (España)*

juliogalancaceres@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

En el Ayuntamiento de XXX, de régimen común, de 3.000 habitantes, se han planteado los siguientes supuestos:

1. El pleno del ayuntamiento procedió a la liberación parcial (25 % de la jornada) de cuatro concejales. Se solicita a la secretaria-interventora por el alcalde informe sobre la necesidad o no de solicitar, por parte de dichos concejales, la compatibilidad con el ejercicio de una actividad privada, toda vez que el reglamento orgánico municipal exige, en todo caso, declaración de compatibilidad por el alcalde.

2. Es deseo del alcalde la contratación del servicio de limpieza y mantenimiento del centro médico que se acaba de establecer en la población, por un valor estimado de 14.500 euros (IVA incluido) por el plazo de un año. No se anunció en el perfil del contratante ni se solicitó, al menos, tres presupuestos. Para ello, desea utilizar el procedimiento con negociación sin publicidad y adjudicarlo, directamente, a una empresa, sociedad de responsabilidad limitada, a la que ya se la había adjudicado con anterioridad la limpieza y mantenimiento de otros inmuebles municipales. Es de significar que a la contratista se le había resuelto un anterior contrato similar por deficiencias en el cumplimiento. Dicha resolución había sido impugnada mediante recurso contencioso-administrativo oportuno ante el juzgado de lo contencioso-administrativo correspondiente.

El alcalde solicita a la secretaria-interventora que le informe sobre la competencia para celebrar el contrato y si se ajusta a derecho lo que desea.

3. Sobre suelo municipal patrimonial se construyeron, en el año 1987, 7 u 8 naves agrícolas, que están a nombre de los propietarios, si bien el suelo sigue a nombre del ayuntamiento.

Según se indica, es público y notorio que los propietarios pagaron las parcelas al ayuntamiento, si bien no hay nada que documente dicho pago. Los propietarios de las naves

agrícolas amenazan con dirigirse a la vía contencioso-administrativa para que el ayuntamiento arregle, definitivamente, esta cuestión.

A la vista de cuanto antecede, se solicita a la secretaría-intervención la elaboración de informe en el que se establezca la tramitación que se debe cumplir para poder legalizar la situación de los propietarios.

4. En el año 0009 el Ayuntamiento de XXX, previo expediente instruido al efecto y tras la adjudicación, procedió a suscribir contrato de arrendamiento mediante concurso público, de siete casas rurales, un bar-cafetería, un edificio de leñera, un edificio de generador y los anexos, situados en un paraje de su término municipal, monte de utilidad pública perteneciente al ayuntamiento en régimen de bienes patrimoniales.

La duración del contrato era de 10 años, con dos posibles prórrogas de 5 años cada una, y el precio de 9.480 euros anuales, más el 16 % de IVA, con actualizaciones anuales en función del índice de precios al consumo.

Asimismo, el ayuntamiento se comprometía a ejecutar inversiones que redunden en beneficio de las instalaciones objeto del presente contrato, por el importe de un 15 % anual el día sobre las cantidades abonadas por el arrendatario durante el ejercicio anterior, excluido el IVA.

El ayuntamiento solicita informe jurídico a la secretaria-interventora sobre la viabilidad de rebajar el precio del arrendamiento en un 10 % y aumentar el porcentaje de inversiones del 15 % al 40 %, sin proceder a un nuevo concurso.

5. Don XXX, funcionario del ayuntamiento, solicitó y obtuvo el día 7 de junio de 2015 la excedencia voluntaria por interés particular. Él mismo ocupaba el puesto de trabajo del arquitecto de disciplina urbanística.

Con fecha 23 de enero de 0009 se aprueba la oferta de empleo público para el referido año, por medio de resolución de la alcaldía, incluyendo una plaza del arquitecto municipal.

La relación de puestos de trabajo del ayuntamiento contempla cuatro puestos a cubrir por arquitectos, siendo que tres de ellos están cubiertos por sus titulares, en situación de servicio activo. Es el cuarto el que se incluye en la oferta de empleo público.

Con fecha 27 de febrero de 0009, se publica en el BOE dicha oferta de empleo público.

El alcalde pregunta a la secretaria-interventora si puede un funcionario en excedencia voluntaria por interés particular solicitar el reingreso una vez aprobada y publicada la oferta de empleo público que incluye la única plaza a la que podría acceder.

Es de hacer constar que no existe legislación autonómica para la función pública.

Cuestiones planteadas:

1. Se solicita informe sobre la necesidad o no de solicitar, por parte de dichos concejales, la compatibilidad con el ejercicio de una actividad privada, toda vez que el reglamento orgánico municipal exige, en todo caso, declaración de compatibilidad por el alcalde.
2. El alcalde solicita al secretario-interventor que le informe sobre la competencia para celebrar el contrato y si se ajusta a derecho lo que desea.
3. Se solicita a la secretaria-intervención la elaboración de informe en el que se establezca la tramitación que se debe cumplir para poder legalizar la situación de los propietarios.
4. El ayuntamiento solicita informe jurídico sobre la viabilidad de rebajar el precio del arrendamiento en un 10 % y aumentar el porcentaje de inversiones del 15 % al 40 %, sin proceder a un nuevo concurso.
5. El alcalde pregunta al secretario-interventor si puede un funcionario en excedencia voluntaria por interés particular solicitar el reingreso una vez aprobada y publicada la oferta de empleo público que incluye la única plaza a la que podría acceder.

Solución

1. Se solicita informe sobre la necesidad o no de solicitar, por parte de dichos concejales, la compatibilidad con el ejercicio de una actividad privada, toda vez que el reglamento orgánico municipal exige, en todo caso, declaración de compatibilidad por el alcalde.

Tres cuestiones son precisas aclarar para dar respuesta a esta pregunta:

a) Carta Europea de Autonomía Local

Señala en su artículo 7: «Las funciones y actividades incompatibles con el mandato del representante local no pueden ser fijadas más que por Ley o por principios jurídicos fundamentales».

Esta reserva de ley se ha hecho efectiva a través de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (en adelante, LOREG), y de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante, LRBRL).

El artículo 178 de la LOREG establece que las causas de inelegibilidad de los concejales son también causas de incompatibilidad, y además enumera otras actividades, públicas y privadas, incompatibles con el cargo de concejal:

1. Las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior lo son también de incompatibilidad con la condición de concejal.

2. Son también incompatibles:

a) Los Abogados y Procuradores que dirijan o representen a partes en procedimientos judiciales o administrativos contra la Corporación, con excepción de las acciones a que se refiere el artículo 63.1.b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local [...].

3. Cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de Concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, dé origen a la referida incompatibilidad. Cuando la causa de incompatibilidad sea la prevista en el apartado 2.e) del presente artículo, se aplicará lo dispuesto en el artículo 6.4 de esta Ley.

4. Cuando la causa de incompatibilidad sea la contenida en el punto b), del apartado 2, el funcionario o empleado que optare por el cargo de Concejal pasará a la situación de servicios especiales o subsidiariamente a la prevista en sus respectivos convenios, que en todo caso ha de suponer reserva de su puesto de trabajo.

El Tribunal Supremo ha señalado que las causas de incompatibilidad establecidas en la LOREG, en tanto en cuanto son reguladoras de criterios de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, de 26 de abril de 2002).

Por lo expuesto, parece claro que la LOREG permite que el concejal compatibilice el desempeño de su cargo público con el ejercicio de otras actividades públicas o privadas, salvo las expresamente prohibidas.

En la sentencia 45/1983, de 25 de mayo, el Tribunal Constitucional precisa que nuestro sistema es el de la concurrencia de supuestos de inelegibilidad, que impiden convertirse, en quien concurra, en sujeto pasivo de la relación electoral, y de supuestos de incompatibilidad, en los que se transforman los de inelegibilidad que dice el artículo 4, 5 y 6 (de la LOREG), operando en su caso, impidiendo el acceso al cargo o el cese en el mismo, de modo que aquellos, proclamados y aun elegidos, que han quedado posteriormente afectados por tales causas, incurrir en incompatibilidad. La causa sobrevenida opera así como supuesto de incompatibilidad, generadora, no de la invalidez de la elección, sino de impedimento para asumir el cargo electivo o de cese, si se hubiera accedido al escaño.

El artículo 73.1 de la LRBRL establece que los supuestos de incompatibilidad de los miembros de las corporaciones locales se regularán en la legislación electoral.

El artículo 75.11 de la norma citada señala 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, 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.

Es decir, según la LRBRL, se refuerza el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de los concejales, al quedar sometidos, aunque solo aquellos que tengan dedicación exclusiva, también a las causas de incompatibilidad contenidas en esta ley.

Así, el concejal con dedicación exclusiva puede desempeñar actividades públicas y privadas siempre y cuando no sea alguna de las prohibidas en esa ley para los funcionarios públicos, y con sujeción, cuando en la misma así se indique, a la necesidad de autorización de compatibilidad.

Este régimen de incompatibilidades se hace más flexible cuando el concejal solo tiene dedicación parcial y, en consecuencia, solo obtiene retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva.

Artículo 75.2 de la LRBRL:

Los miembros de las Corporaciones locales que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas, en cuyo caso serán igualmente dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en tal concepto, asumiendo las Corporaciones las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo 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.

b) Órgano competente para declarar la compatibilidad

El artículo 14 de la Ley 53/1984, de incompatibilidades, señala que el ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las Administraciones públicas requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad.

La resolución motivada reconociendo la compatibilidad o declarando la incompatibilidad, que se dictará en el plazo de dos meses, corresponde al Ministerio de la Presidencia, a propuesta del subsecretario del departamento correspondiente, al órgano competente de la comunidad autónoma o al pleno de la corporación local, previo informe, en su caso, de los directores de los organismos, entes y empresas públicas.

Por tanto, si la realizó el alcalde es un acto nulo de pleno derecho por incompetencia material del mismo, al amparo del artículo 47.1 c) de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común, susceptible de la oportuna revisión de oficio prevista en el artículo 106.1 del mismo texto legal, exigiéndose el dictamen preceptivo y favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la comunidad autónoma.

c) Regulación normativa del reglamento orgánico municipal

Los ayuntamientos no podrían así interferir en el sistema de incompatibilidades de los concejales, al tratarse, según lo indicado, de un tema objeto de reserva de ley, como señala no solo la Carta Europea de Autonomía Local, sino también los artículos 23 y 149.1.1.^a y 18.^a de la Constitución española.

La exposición de motivos de la LOREG señala que la Constitución impone al Estado, por una parte, el desarrollo del artículo 23, que afecta a uno de los derechos fundamentales, el del sufragio activo y pasivo para todos los ciudadanos; pero, además, el artículo 81 de la Constitución, al imponer una ley orgánica del Régimen Electoral General, amplía el campo de actuación que debe cubrir el Estado, esto es, hace necesaria su actividad más allá de lo que es mera garantía del derecho de sufragio, ya que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, bajo ese epígrafe hay que entender lo que es primario y nuclear en el régimen electoral.

Además, el Estado tiene la competencia exclusiva, según el artículo 149.1.1.^a de la Constitución, para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, derecho entre los que figura el de sufragio, comprendido en el artículo 23 de la Constitución.

Conclusiones

1. Tratándose de dedicación parcial del concejal, no existe ningún obstáculo para compatibilizar el ejercicio del cargo con el desempeño de actividad privada. En todo caso, tanto el alcalde como los concejales están obligados a incluir su actividad privada en su declara-

ración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre actividades que le proporcionen ingresos económicos, para su inscripción en el Registro de Intereses.

2. De acuerdo con lo expuesto, el régimen de incompatibilidades previsto en la LOREG es común para todos los concejales, no obstante, de acuerdo con el artículo 75 de la LRBRL, la aplicación de la Ley 53/1984 depende del grado de dedicación, exclusiva o parcial, y del tipo de retribución que obtenga por el desempeño de su cargo.

En concreto, la LRBRL establece en su artículo 75, para los concejales que tengan asignada dedicación exclusiva, la doble incompatibilidad establecida para los empleados públicos al servicio de las Administraciones públicas, a saber, en primer lugar, se prohíbe que puedan obtener otras retribuciones con cargo a los presupuestos públicos, con las excepciones previstas en la Ley 53/1984, que es lo que se conoce como incompatibilidad retributiva. En segundo lugar, dicho precepto indica que la función de concejal es incompatible con el desarrollo de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre. De acuerdo con este esquema, el concejal puede desempeñar actividades privadas, siempre y cuando no sea alguna de las prohibidas en esa ley para los funcionarios públicos.

Este régimen de incompatibilidades se hace más flexible cuando el concejal solo tiene dedicación parcial y, en consecuencia, solo obtiene retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva (artículo 75.2), o cuando el concejal solo tiene retribuciones por asistencia a órganos colegiados (artículo 75.3). Es decir, para el primer caso el artículo 75.2 solo se remite al artículo 5 de la Ley 53/1984, a efectos de establecer un límite a esas retribuciones parciales, pero no a los efectos del desempeño de otras actividades.

3. Por ello, se considera que en el supuesto de concejal con dedicación parcial, no es necesaria la declaración de compatibilidad, respecto de las actividades que el interesado realice fuera del horario de su dedicación, ya que la ley lo que establece, en estos casos de dedicación parcial, es una incompatibilidad horaria, sin otro requisito.

2. El alcalde solicita al secretario-interventor que le informe sobre la competencia para celebrar el contrato y si se ajusta a derecho lo que desea.

Nos encontramos ante un contrato de servicio menor, a tenor del artículo 17 de la Ley 9/2017, de la Ley de contratos del sector público (LCSP), del que destacamos:

- a) Es menor al no superar los 15.000 euros (art. 118 LCSP), puesto que el valor estimado es de 15.500 euros (IVA incluido) y, por tanto, hay que excluir el importe del IVA. En este sentido, el artículo 101.1 a) señala que «a todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos será determinado como sigue: a) En el caso de los contratos de obras, suministros y servicios, el órgano de contratación tomará el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según sus estimaciones».

Igualmente, en relación con la duración del contrato, a tenor de lo establecido en el artículo 29.4 de la LCSP, que establece, como regla general, que no debe de exceder de cinco años, es, también, ajustado a derecho.

- b) No anuncio en el perfil del contratante: es ajustado a derecho. En este sentido, el artículo 63.4 de la LCSP señala que la publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.

Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a 5.000 mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

- c) Respecto a la competencia, por su valor, y atendiendo al órgano competente, lo era el alcalde, a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 9/2017. Ahora bien, respecto a la titularidad de la competencia de mantenimiento de los centros médicos, antes de la entrada en vigor de la modificación de la Ley 7/1985 (LRBRL), operada por la Ley 27/2013 (LRSAL), el artículo 25.2 i) establecía: «El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la Legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en materia de participación en la gestión de la atención primaria de la salud»; y el artículo 28 habilitaba a los municipios para realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas, entre otras materias, en sanidad. En la redacción actual, el artículo 25.2 no hace referencia alguna a competencias relacionadas con la salud y sanidad. El artículo 28 ha sido asimismo suprimido.

La disposición transitoria primera de la Ley 27/2013, relativa a la asunción por las comunidades autónomas de las competencias relativas a la salud señala:

1. Tras la entrada en vigor de esta Ley, de acuerdo con las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las Haciendas Locales, las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la participación en la gestión de la atención primaria de la salud.

Las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de estas competencias, con independencia de que su ejercicio se hubiese venido realizando por Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o cualquier otra Entidad Local.

Por lo tanto, en principio no se trata de ninguna competencia propia del ayuntamiento, ahora bien, no se impediría que por parte de la comunidad autónoma se delegara el ejercicio de esta competencia, o bien, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 de

la Ley 7/1985, y cumpliendo los requisitos legales exigidos para ellos, se asumiera con una competencia de las llamadas impropias distintas de las propias y delegadas.

- d) En relación con el procedimiento con negociación sin publicidad utilizado, la única posibilidad legal de utilizar este procedimiento era que se estuviera en presencia de alguno de los supuestos del artículo 168. En referencia al caso concreto, específicamente su apartado 4.º b) contempla la posibilidad para el supuesto de

contratos de obras y de servicios, además, cuando las obras o servicios que constituyan su objeto consistan en la repetición de otros similares adjudicados al mismo contratista mediante alguno de los procedimientos de licitación regulados en esta ley previa publicación del correspondiente anuncio de licitación, siempre que se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos, que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial, que el importe de las nuevas obras o servicios se haya tenido en cuenta al calcular el valor estimado del contrato inicial, y que no hayan transcurrido más de tres años a partir de la celebración del contrato inicial. En el proyecto base se mencionarán necesariamente el número de posibles obras o servicios adicionales, así como las condiciones en que serán adjudicados estos.

Es cierto que los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (art. 131 LCSP).

A tenor del artículo 118 de la LCSP, el expediente debe contener como mínimo los siguientes documentos:

1. Informe motivado del órgano de contratación. Este informe debe contener la necesidad del contrato y, además, la justificación (1.º) de que no se está fraccionando el objeto del contrato y (2.º) que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los importes límites del contrato menor. Este límite no es de aplicación en los contratos menores, que solo pueden ser encomendados a un empresario determinado (art. 118.3 LCSP).
2. La aprobación del gasto.
3. La incorporación de la factura.
4. La consulta, si es posible, de tres proyectos.
5. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, el proyecto cuando así se requiera, y el informe de las oficinas o unidades de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra (art. 118.2 LCSP) (no tiene carácter de básico según la disposición final 1.ª LCSP).

Pero esto no implica que tenga que cumplirse obligatoriamente sino que, pese a que por su cuantía puede adjudicarse directamente, nada impide y, desde luego, se garantiza mucho más la igualdad, publicidad y concurrencia en la adjudicación, utilizar cualquier otro procedimiento.

Ahora bien, es cierto que se podría aplicar la figura de la conversión del acto administrativo recogida en el artículo 50 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, en el sentido de que «los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de este».

- e) Respecto a la ausencia de petición de, al menos, tres presupuestos, hay que recordar la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, como medidas antifraude y de lucha contra la corrupción, que ha señalado que en el expediente de contratación de los contratos menores ha de solicitarse, al menos, tres presupuestos, y debe justificarse el hecho de no solicitar, en los supuestos en que se aplique, el procedimiento negociado en publicidad y sin concurrencia, y que están previstos en el artículo 168 a) de la LCSP.

Cuando los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado por alguna de las siguientes razones:

- Que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o de representación artística única no integrante del patrimonio histórico español.
- Que no exista competencia por razones técnicas.
- Que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

Por otra parte, la doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales, entre otros informes en el 574/2018, de 12 de junio, recogiendo gran parte de la doctrina y la jurisprudencia que esta cuestión ha originado, ha establecido las siguientes conclusiones:

1. Que la utilización del procedimiento negociado tiene carácter excepcional, por tanto, la no petición de ofertas en el contrato menor también lo tiene, y solo procede cuando concurren las causas taxativamente previstas en la ley, las cuales deben interpretarse de forma estricta, y debe justificarse debidamente en el expediente.
2. La causa justificadora del procedimiento negociado no reside en el carácter artístico o técnico del trabajo, sino en que únicamente haya un empresario profesional que pueda encargarse del trabajo, sea por razones técnicas, artísticas o de exclusividad de derechos.

3. Deben existir verdaderas razones que hagan absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada, no basta la mera conveniencia u oportunidad.
 - f) Respecto a que a la contratista adjudicataria se le había resuelto contrato administrativo anterior, similar al actual, pero que tenía impugnado en vía contencioso-administrativa, no le imposibilita de forma automática la participación en un nuevo procedimiento de contratación hasta la resolución de la controversia judicial por sentencia firme. La impugnación en vía judicial de la decisión de resolver un contrato público no puede impedir a la entidad incitadora del concurso a una nueva licitación; hasta que no haya sentencia firme no surge impedimento alguno para concurrir libremente a la licitación que estime pertinente, porque hasta ese momento no se incurre en causa de prohibición para ser contratista. Lo contrario supondría una vulneración clara de un principio general del derecho que es el de presunción de inocencia.
3. Se solicita a la secretaría-intervención la elaboración de informe en el que se establezca la tramitación que se debe cumplir para poder legalizar la situación de los propietarios.

Primero. Las corporaciones locales tienen el deber de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos y, en este sentido, a pesar de que sea «público y notorio» que se realizó la venta de las parcelas municipales, sino existe documentación al respecto, se entiende que el ayuntamiento, de oficio, deberá ejercer su potestad de investigación (art. 45 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986 [RBEL]), al objeto de dejar constancia de la documentación y testimonios que pudieran aportarse a favor de la titularidad municipal de las parcelas. El procedimiento se regula en los artículos 51 a 53 del RBEL. El acuerdo de iniciación del expediente se publicará en el boletín oficial de la provincia y en el tablón de anuncios del ayuntamiento, indicando las características que permitan identificar claramente las parcelas investigadas.

Del acuerdo de iniciación, se dará traslado a la Administración estatal y autonómica, para que estas, en su caso, puedan hacer valer sus derechos y alegar lo procedente.

Durante un mes podrán las personas afectadas por el expediente de investigación alegar por escrito cuanto estimen conveniente a su derecho, acompañando los documentos en los que lo funden.

Si existen afectados por el expediente de investigación que resulten conocidos e identificables, habrán de ser notificados personalmente.

En el periodo de prueba, serán admisibles los documentos públicos judiciales, notariales o administrativos otorgados con arreglo a derecho, el reconocimiento y dictamen pericial, la declaración de testigos o cualquier otro medio admitido en derecho.

Tras este expediente, podrá quedar documentada toda la información, aunque sea a través de testimonios de los vecinos, sobre la titularidad municipal de los inmuebles o sobre la venta de las parcelas, fecha aproximada e importe que se abonó.

Segundo. Según se indica en el relato de hechos, aunque no aparece el contrato de compraventa de las parcelas ni se tiene conocimiento tampoco del importe que se abonó por los propietarios, lo que es claro es que dichas naves han sido utilizadas por los particulares durante más de 30 años y que estos están llevando a cabo distintos actos dominicales, sin que hayan sido perturbados ni en su posesión ni en cuanto al dominio de las mismas por el ayuntamiento, pero, en todo caso, a la vista de las circunstancias que concurren parece que los inmuebles han sido adquiridos por los particulares por usucapión, según prevé el artículo 1.959 del Código Civil: «Se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes».

La concurrencia de los requisitos necesarios para ello se pondrá de manifiesto mediante el ejercicio de la correspondiente acción declarativa de dominio ante el órgano jurisdiccional civil. En dicho proceso intervendrá también el ayuntamiento, con el resultado de su expediente de investigación. La resolución que recaiga en dicho proceso será directamente inscribible en el Registro de la Propiedad, aun en el caso de que sea contraria a la anterior inscripción registral, según Resolución núm. 2564/2015, de 11 de febrero, RJ 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado: «La prescripción extraordinaria se consume por el transcurso del tiempo con los requisitos antes reseñados, pero aun cuando para buena parte de la doctrina opera de forma automática, no puede ser declarada por el juez de oficio sino que necesita de un procedimiento que culmine con su declaración».

Con base en todo ello, si el interesado acude a la vía inicial, que será la ordinaria, nunca puede ser la contencioso-administrativa, puesto que el fondo del asunto está sometido al derecho civil (el artículo 3.º de la Ley 29/1998, de jurisdicción contencioso-administrativa, excluye del conocimiento de esta jurisdicción las cuestiones sometidas, entre otras, al orden jurisdiccional civil); el ayuntamiento debe personarse en el procedimiento judicial y hacer valer las pruebas que consten en el expediente de investigación, a su favor, en ningún caso podrá allanarse a las demandas que afecten a su dominio y demás derechos reales integrantes de su patrimonio, por el deber legal expreso de las Administraciones públicas de proteger y defender su patrimonio, a cuyo efecto tienen la facultad y el deber de ejercer las potestades administrativas y de ejercer las acciones judiciales que procedan.

Si, como parece deducirse de los hechos comprobados, se ha producido la usucapión o adquisición de la propiedad por los propietarios de las naves, lo procedente será:

- Proceder a realizar la oportuna escritura pública.
- La inscripción en el registro de la propiedad a nombre de los nuevos titulares.
- Dar de baja en el inventario del ayuntamiento a las citadas parcelas.

4. El ayuntamiento solicita informe jurídico sobre la viabilidad de rebajar el precio del arrendamiento en un 10 % y aumentar el porcentaje de inversiones del 15 % al 40 %, sin proceder a un nuevo concurso.

a) Contratos de arrendamiento

Debe advertirse, en primer lugar, que al tratarse de un monte de utilidad pública tiene la condición de bien demanial y todos los bienes que en el mismo se asientan deberían tener idéntica calificación, por lo que sorprende que las casas rurales y resto de edificios existentes puedan tener la consideración de bienes patrimoniales. Lo único que habría posibilitado la existencia de estas casas rurales y restos del edificio sería a través de la figura de la concesión demanial, conforme, en primer lugar, a la legislación básica contenida en la Ley 43/2003, de patrimonio de las Administraciones públicas y en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986. Por ello, habría que acudir bien a subsanar esta falta de concesión demanial o, en su caso, y si están sin título habilitante alguno, proceder a la recuperación de oficio del citado terreno, puesto que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, según el artículo 132, entre otros, de la Constitución.

No obstante, y puesto que según el relato de hechos se trata de un contrato de arrendamiento sobre bienes patrimoniales, procederemos a resolver la viabilidad o no de la modificación planteada.

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato se trata de un contrato privado de la Administración y se registrará, en cuanto a su preparación y adjudicación, por las normas establecidas en la Ley 9/2017, LCSP, y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas del derecho privado correspondiente a su naturaleza (arts. 16 y 17 LCSP). Según el artículo 9.2 de la Ley 9/2017, están excluidos del ámbito de la LCSP.

El artículo 12.1 a) de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, incluye, entre los de dominio público, los montes de utilidad pública.

Como la modificación es una cuestión que, en principio, afecta al cumplimiento, efectos y extinción, debería tratarse con arreglo a la legislación civil y, en concreto:

El Código Civil, que nos señala que los contratos pueden ser modificados por las partes bajo las siguientes limitaciones:

- a) Las señaladas en el artículo 1255.
- b) El mantenimiento de sus requisitos esenciales, señalados en el artículo 1261.

Con base en la primera, el citado artículo 1255 del Código Civil «consagra el principio de libertad contractual que permite por la simple voluntad de las partes contratantes la modificación normativa de cualquier clase de contratos, estableciéndose dicho principio con carácter imperativo siempre que la referida voluntariedad contractual no afecte o sea con-

traría a la Ley, a la moral, ni al orden público». En la misma línea, el artículo 1258 advierte que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

Por tanto, aunque la Ley 9/2017, LCSP, admite ya la prerrogativa de la administración de modificación del contrato, no resulta, en principio, de aplicación al presente supuesto, puesto que se trata de un contrato patrimonial, por lo que habría que acudir a la mencionada legislación de derecho privado para la posibilidad de la modificación del contrato en el sentido propuesto, aunque, como principio general del derecho se recoge el principio de libertad de pactos siempre que no vaya contra el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de la buena administración.

b) Contrato sobre bienes de dominio público

Si a los bienes objeto del contrato se les reconoce su condición de bienes de dominio público, deberían haberse sometido a concesión, al amparo de lo dispuesto en el artículo 15.4 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, y dicha concesión, como indica el artículo 93.1, norma básica, de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas (LPAP), se efectuará en régimen de concurrencia, salvo los supuestos en que excepcionalmente cabe el otorgamiento directo.

Por tanto, ello supondría la alteración de los requisitos esenciales del contrato, pues por un lado pasaría de ser un arrendamiento sobre bienes patrimoniales a una concesión sobre bienes de dominio público, lo que varía el propio objeto del contrato, y, por otra parte, altera las cláusulas que lo rigen, pues pasarían de ser las indicadas en la cláusula 2.^a del pliego de condiciones a las señaladas en el artículo 14 de la LCSP, y por todo ello sería preceptivo resolver el contrato e incoar nuevo expediente de contratación.

Y como indica el artículo 107.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas, de carácter básico en aplicación de la disposición final segunda, apartado 5.º: «Los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso, salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente».

Artículo 15.4 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes: «La Administración gestora de los montes demaniales someterá a otorgamiento de concesión todas aquellas actividades que impliquen una utilización privativa del dominio público forestal».

Artículo 93.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre: «El otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia. No obstante, podrá acordarse el otorgamiento directo en los supuestos previstos en el artículo 137.4 de

esta Ley cuando se den circunstancias excepciones, debidamente justificadas, o en otros supuestos establecidos en las leyes».

Conclusión

La reducción que se pretende del precio del arrendamiento supondría la alteración del objeto del contrato, lo que constituye la modificación de un requisito esencial del mismo que obligaría a su rescisión y a una nueva adjudicación por los procedimientos señalados en la legislación patrimonial de las Administrativas públicas.

Sin embargo, la variación del porcentaje de inversiones a realizar por el ayuntamiento con una parte de la renta obtenida sería viable al amparo del principio de libertad contractual.

Si a los bienes objeto del contrato se les reconoce su condición de bienes de dominio público, se vería alterado en sus requisitos esenciales en cuanto al propio objeto y a las cláusulas que rigen el contrato, lo que conllevaría su resolución e incoación de nuevo expediente de contratación.

5. El alcalde pregunta al secretario-interventor si puede un funcionario en excedencia voluntaria por interés particular solicitar el reingreso una vez aprobado y publicada la oferta de empleo público que incluye la única plaza a la que podría acceder.

El sistema de fuentes de materia de situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración local está recogido en el EBEP y en el artículo 140.2 del TRRL 781/1986, que señala que «dicha situaciones se regularán por la normativa básica estatal, y por la legislación de función pública de la respectiva comunidad autónoma y, supletoriamente, por la legislación de los funcionarios de la Administración del Estado, teniéndose en cuenta las peculiaridades de régimen local».

La situación de excedencia voluntaria se encuentra recogida en el artículo 89 del EBEP, que la señala en su apartado 1, letra a) como una de las modalidades de excedencia.

En su apartado 2, referido este tipo de excedencia, se indica lo siguiente:

La concesión de excedencia voluntaria por interés particular quedará subordinada a las necesidades del servicio debidamente motivadas. No podrá declararse cuando al funcionario público se le instruya expediente disciplinario.

Procederá declarar de oficio la excedencia voluntaria por interés particular cuando finalizada la causa que determinó el pase a una situación distinta a la de servicio activo, se incumpla la obligación de solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo en que se determine reglamentariamente.

Quienes se encuentren en situación de excedencia por interés particular no devengarán retribuciones, ni les será computable el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación.

Como el relato de hechos nos indica que no existe legislación autonómica sobre funcionario público, debemos aplicar la legislación estatal que, en esta materia, viene conformada especialmente por el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.

El citado texto legal, en su artículo 16 dispone que:

1. La situación de excedencia voluntaria por interés particular se declarará a petición del funcionario o, de oficio, en los supuestos establecidos reglamentariamente.
2. Para solicitar la declaración de la situación de excedencia voluntaria por interés particular será preciso haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones públicas durante los cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud.
3. Cada período de excedencia tendrá una duración no inferior a dos años continuados [...].
4. En las resoluciones por las que se declare esta situación se expresará el plazo máximo de duración de la misma. La falta de petición de reingreso al servicio activo dentro de dicho plazo comportará la pérdida de la condición de funcionario.
5. La concesión de esta excedencia quedará, en todo caso, subordinada a las necesidades del servicio. No podrá declararse a solicitud del funcionario cuando al mismo se le instruya expediente disciplinario [...].
6. La solicitud de reingreso al servicio activo condicionada a puestos o municipios concretos de funcionarios procedentes de esta situación no interrumpirá el cómputo del plazo máximo de duración de la misma.

Por su parte, el artículo 29 de la Ley 30/1984, de reforma de la función pública, de aplicación supletoria a la Administración local, regula el reingreso al servicio activo en estos términos:

1. El reingreso al servicio activo de los funcionarios que no tengan reserva de plaza y destino se efectuará mediante su participación en las convocatorias de concurso o de libre designación para la provisión de puestos de trabajo.
2. Asimismo, el reingreso podrá efectuarse por adscripción a un puesto con carácter provisional, condicionado a las necesidades del servicio y siempre que se reúnan los requisitos para el desempeño del puesto.
3. El puesto asignado con carácter provisional se convocará para su provisión definitiva en el plazo máximo de un año, y el funcionario reingresado con destino provisional tendrá obligación de participar en la convocatoria. Si no obtuviese destino definitivo se le aplicará lo dispuesto en el artículo 21.2 b), de esta Ley.

Los requisitos para la adscripción provisional son:

- Que lo impongan o justifiquen las necesidades del servicio o la cobertura del puesto.
- Que el funcionario reúna los requisitos necesarios para el desempeño.
- Que el puesto cubierto se convoque para su provisión definitiva en el plazo de un año, con obligación del funcionario excedente de participar en la convocatoria solicitando el puesto que ocupa provisionalmente.

El artículo 62 del Real Decreto 364/1995 por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, señala que:

1. El reingreso al servicio activo de los funcionarios que no tengan reserva de puesto de trabajo se efectuará mediante su participación en las convocatorias de concurso o de libre designación para la provisión de puestos de trabajo o, en su caso, por reasignación de efectivos para los funcionarios en situación de expectativa de destino o en la modalidad de excedencia forzosa a que se refiere el artículo 29.6 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

2. Asimismo, el reingreso podrá efectuarse por adscripción provisional, condicionado a las necesidades del servicio de acuerdo con los criterios que establezca el Ministerio para las Administraciones Públicas y siempre que se reúnan los requisitos para el desempeño del puesto.

El puesto asignado con carácter provisional se convocará para su provisión definitiva en el plazo máximo de un año y el funcionario tendrá obligación de participar en la convocatoria, solicitando el puesto que ocupa provisionalmente. Si no obtuviere destino definitivo se le aplicará lo dispuesto el artículo 72.1 de este Reglamento.

En relación con el apartado 2.º del anterior el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, también de aplicación supletoria, y referido a la adscripción provisional, señala en su artículo 63 que:

Los puestos de trabajo podrán proveerse por medio de adscripción provisional únicamente en los siguientes supuestos:

- a) Remoción o cese en un puesto de trabajo obtenido por concurso o libre designación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 50.5 y 58.
- b) Supresión del puesto de trabajo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 72.3 de este Reglamento.
- c) Reingreso al servicio activo de los funcionarios sin reserva de puesto de trabajo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 62.2 de este Reglamento.

Por su parte, el artículo 91 de la LRBRL señala que:

1. Las Corporaciones locales formularán públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal.
2. La selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.

Y el artículo 70 del EBEP:

1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.
2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.
3. La Oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humano.

Por tanto, el problema reside en que si este puesto de trabajo se había publicado ya en la oferta de empleo público, ¿tenía derecho a la adscripción provisional?

Entendemos que si el puesto ya ha sido objeto de oferta y, por tanto, es de nueva creación, lo cual significa que está dotado presupuestariamente, en principio queda sustraído a la posibilidad de cubrirse mediante adscripción provisional, pues el artículo 62.2 del RD 364/1995 por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, señala que:

2. Asimismo, el reingreso podrá efectuarse por adscripción provisional, condicionado a las necesidades del servicio de acuerdo con los criterios que establezca el Ministerio para las Administraciones Públicas y siempre que se reúnan los requisitos para el desempeño del puesto.

El puesto asignado con carácter provisional se convocará para su provisión definitiva en el plazo máximo de un año y el funcionario tendrá obligación de participar en

la convocatoria, solicitando el puesto que ocupa provisionalmente. Si no obtuviere destino definitivo se le aplicará lo dispuesto en el artículo 72.1 de este Reglamento.

Esto significa que la adscripción provisional es para un puesto de trabajo que ya existe y no para uno de nueva creación contenido en la oferta de empleo público. Prueba de ello es que el último apartado prevé que ese puesto, en el plazo máximo de un año, se convocará –se entiende que, normalmente, por concurso–, para su provisión definitiva y el funcionario adscrito tiene obligación de participar en la convocatoria solicitando el puesto que ocupa provisionalmente.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 23, 81, 132 y 149.1.1.^a y 18.^a.
- Código Civil, arts. 1.261, 1.255 y 1.959.
- Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España, el 20 de enero de 1988, art. 7.
- Ley Orgánica 5/1985 (LOREG), arts. 4, 5, 6 y 178.
- Ley 30/1984 (reforma de la función pública), art. 29.
- Ley 53/1984 (incompatibilidades), arts. 5 y 14.
- Ley 7/1985, de 2 de abril (LRBRL), arts. 7, 63.1, 73 y 75.
- Ley 29/1998 (LJCA), art. 3 a).
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 93 y 107.1.
- Ley 43/2003 (de Montes), arts. 12.1 y 15.4.
- Ley 27/2013 (racionalización y sostenibilidad de la Administración local), disp. trans. primera
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 47.1 y 50.
- Ley 9/2017 (contratos del sector público), arts. 9.2, 14, 29.4, 63.4, 118, 131, 168 y disp. adic. segunda.
- Real Decreto 1372/1986 (Reglamento de bienes de las entidades locales), arts. 51, 52 y 53.
- STS, Sala 3.^a, de 26 de abril de 2002.
- STC 45/1983, de 25 de mayo.
- Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales, 574/2018, de 12 junio.
- Resolución 2564/2015, de 11 de febrero, RJ 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.