

Actuación administrativa local en un contrato administrativo de obras

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF-*

Extracto

El supuesto plantea cuestiones diferentes surgidas en el ámbito de la actuación administrativa local. En primer lugar, respecto a un contrato de obras, se afronta el ajuste a derecho de la composición de la mesa de contratación, la aptitud legal de dos licitadores, la adjudicación, sin informe previo de la comisión informativa, y, finalmente, el recurso de un contratista que no presentó oferta alguna pero había recurrido, previamente, el pliego del contrato. A continuación, se aborda la cuestión de si debe el ayuntamiento soportar los gastos judiciales producidos en un proceso penal en el que se condenó al alcalde y a la secretaria-interventora. Finalmente, se estudia el ajuste a derecho o no de la enajenación de concesiones de bienes de dominio público.

Palabras clave: Administración local; contrato administrativo de obras; mesa de contratación; recurso contra la adjudicación; dominio público.

Fecha de entrada: 31-05-2021 / Fecha de aceptación: 21-06-2021

Enunciado

En el ayuntamiento de Las Pizarras, de régimen común, de 3.256 habitantes, se han producido las siguientes situaciones:

1. Se ha decidido la celebración de un contrato consistente en la construcción de un nuevo cementerio, ya que el existente, como consecuencia de las filtraciones de un pozo de agua subterránea, se ha ido deteriorando progresivamente y existe el riesgo de hundimiento y derrumbe de sepulturas y nichos existentes. El valor estimado del contrato es de 400.000 euros (IVA excluido).

El procedimiento de adjudicación será el abierto con varios criterios de adjudicación.

El alcalde ha procedido al nombramiento de los siguientes miembros de la mesa de contratación para ese contrato (hay que tener en cuenta que los tres funcionarios públicos con que contaba la corporación habían cambiado de destino recientemente y en la misma, en ese momento, no había nadie que tuviera tal condición de funcionario público), ostentando él la condición de presidente de la mesa:

- Dos personas vinculadas con el ayuntamiento por una relación laboral, que participaron en la redacción de la documentación técnica del contrato, porque, por su formación profesional, estaban cualificadas sobre la materia.
- Una persona que tiene la condición de personal interino del ayuntamiento.
- Dos concejales del ayuntamiento.
- Como secretaria de la mesa de contratación, que solo actuará en tal concepto, ha nombrado a la secretaria-interventora.

A ese contrato licitan:

- a) Una concejala, propietaria de una empresa dedicada a la construcción, que percibe, cada cierto tiempo, una cantidad de dinero, en concepto de gratificación, por asistencia en el Registro Civil.
- b) Un administrativo, funcionario público, que presta sus servicios en la delegación de Hacienda estatal, máximo accionista de una SA, cuyo objeto social es la construcción de edificios.

Adjudicado el contrato a la empresa XXX, otra empresa, que no participó en la licitación y que, por tanto, no había presentado oferta alguna, pero que, en su día, impugnó el pliego de condiciones al discrepar respecto a las puntualizaciones de los criterios objetivos, no habiéndose resuelto el recurso, recurre aquella adjudicación.

La adjudicación del contrato se hizo sin el previo informe de la comisión informativa.

Por otra parte, sobre la notificación de los motivos de la adjudicación a la empresa seleccionada y los motivos de la no adjudicación a una empresa participante no adjudicataria, como consecuencia de que el sistema electrónico existente no funcionaba debido a una avería, optó su representante legal por personarse en la sede del ayuntamiento, con la anuencia de la corporación, para ser notificado.

La notificación se realizó por una persona, que no era funcionario público, que trabajaba en el ayuntamiento. El representante legal de la misma señala que es órgano incompetente para realizar la notificación, por lo que interpone el recurso pertinente contra el acto notificado, aduciendo, entre otros motivos, la incompetencia de la persona que realizó la notificación.

2. El alcalde y la secretaria-interventora del ayuntamiento fueron condenados a distintas penas como autores de un delito penal, por haber informado la secretaria favorablemente la concesión de una licencia de obras solicitada por una promotora, y el alcalde concediendo la licencia. La constructora acabó edificando un bloque de 60 viviendas, en terrenos especialmente protegidos, donde no era posible construcción alguna, según el Plan General de Ordenación Urbana de dicho municipio. Condenados por ello, pretenden que el ayuntamiento se haga cargo de las costas procesales, donde se incluyen gastos de sus abogados y procuradores, los de las partes acusadoras y los del proceso en sí.
3. Finalmente, es de hacer constar que, en su día, se dieron concesiones a particulares sobre nichos en el cementerio municipal. Ha llegado al conocimiento del ayuntamiento que los titulares de las concesiones han transmitido dicho nichos, mediante compraventa, a terceras personas, por lo que el alcalde pregunta a la secretaria-interventora sobre el ajuste a derecho de aquellas transmisiones y, si no fuera así, cuál debiera ser la forma de proceder para el restablecimiento del orden jurídico, presuntamente vulnerado.

Cuestiones planteadas:

1. Indique el ajuste a derecho de la elección de los miembros de la mesa de contratación y de sus componentes. ¿Cómo se resolverá el recurso interpuesto por la empresa que fue notificada por un trabajador, no funcionario público, del ayuntamiento?
2. ¿Puede licitar el contrato la concejala que está en el Registro Civil?
3. ¿Puede licitar el administrativo con destino en una delegación de Hacienda?
4. ¿Tenía legitimación para recurrir la empresa que no participó en la licitación? ¿De qué recurso se tratará?
5. ¿Cómo será esa adjudicación que se ha realizado sin el informe previo de la comisión informativa?
6. ¿Debe hacerse cargo de los gastos, en concepto de costas procesales, el ayuntamiento?
7. Conteste a la pregunta que formula el alcalde a la secretaria-interventora sobre el ajuste a derecho de las transmisiones de los nichos y, si no lo fuera, cómo se debería de proceder. Para responder a estas cuestiones tenga en cuenta la normativa general.

Solución

1. A) Indique el ajuste a derecho de la elección de los miembros de la mesa de contratación y de sus componentes. B) ¿Cómo se resolverá el recurso interpuesto por la empresa que fue notificada por un trabajador, no funcionario público, del ayuntamiento?

A) Ajuste a derecho de la elección de los miembros de la mesa de contratación.

a) Competencia para designar a los miembros de la mesa de contratación.

El artículo 21 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, respecto a la composición de las mesas de contratación, señala que:

1. Los órganos de contratación de las administraciones públicas estarán asistidos en los procedimientos de adjudicación abierto, restringido y negociado con publicidad por una mesa de contratación que será competente para la valoración de las ofertas.

2. Las mesas de contratación estarán compuestas por un Presidente, un Secretario y, al menos, cuatro vocales, todos ellos designados por el órgano de contratación.

En el caso que nos ocupa, no se indica quién es el órgano competente para ese contrato, que deberá determinarse teniendo en cuenta la disposición adicional segunda de la Ley 9/2017, de contratos del sector público (LCSP) que señala:

1. Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, los contratos de concesión de obras, los contratos de concesión de servicios y los contratos administrativos especiales, cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.

2. Corresponden al Pleno las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos mencionados en el apartado anterior que celebre la Entidad Local, cuando por su valor o duración no correspondan al Alcalde o Presidente de la Entidad Local, conforme al apartado anterior. Asimismo, corresponde al Pleno la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales a los que se refiere el artículo 121 de esta Ley.

Por lo tanto, en el caso de que hubiera designado a los miembros de la mesa de contratación el que no era competente para celebrar el contrato, estaríamos en presencia de un vicio de nulidad absoluta, conforme el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, salvo que, siendo competencia del pleno, con arreglo al artículo 22 de la Ley 7/1985, hubiera procedido a la delegación de la competencia en el alcalde, puesto que el artículo 9 de la Ley 40/2015 no prohíbe la delegación en este supuesto.

b) Ajuste a derecho de los miembros elegidos.

El presidente de la mesa es el alcalde.

Se deduce del punto 7 de la disposición adicional segunda de la LCSP que la mesa estará presidida por un miembro de la corporación o funcionarios de la misma. Indudablemente, si la competencia para celebrar el contrato es del pleno, el nombramiento del presidente de la mesa podría recaer sobre el alcalde, pero si el órgano competente es el alcalde, no puede ser a la vez órgano de contratación y presidente de la mesa de contratación. Por lo tanto, habría que saber exactamente a quién correspondía la competencia para celebrar el

contrato, para poder responder si era ajustado a derecho o no el nombramiento de alcalde como presidente de la mesa.

Persona vinculada al ayuntamiento por una relación laboral, pero que estaba cualificada por razón de la materia.

Como hemos indicado, la disposición adicional segunda, punto 7, de la LCSP señala los componentes de la mesa de contratación, indicando que estará presidida por un miembro de la corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres.

Por lo tanto, en principio pueden ser componentes de la mesa de contratación.

Pero el artículo 326.5 de la LCSP señala que no podrá formar parte de las mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la disposición adicional segunda (se refiere al comité de expertos al que alude la letra a) del apartado 2 del artículo 146 de la presente ley; para la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor, podrá estar integrado en las entidades locales por cualquier personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate. En todo caso, entre este personal deberá formar parte un técnico jurista especializado en contratación pública).

Una persona que tiene la condición de personal interino del ayuntamiento.

La disposición adicional segunda, número 7, de la LCSP especifica que podrá formar parte de la mesa personal un funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. Como en este caso no existían funcionarios de carrera, solo nos quedaría por analizar si concurre la cualificación requerida o no.

Dos concejales del ayuntamiento.

No existe problema alguno, puesto que el número 7 de la disposición adicional segunda de la LCSP prevé esta posibilidad, aunque los miembros electos que, en su caso, formen parte de la mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma.

Como secretaria de la mesa de contratación ha nombrado a la secretaria-interventora.

Ya hemos señalado que la disposición adicional segunda, punto 7, de la LCSP, exige que el secretario de la mesa ostente la condición de funcionario público, pero lo cierto es que, en este caso, no hay nadie que ostente tal condición, por las circunstancias narradas en el relato de hechos.

La doctrina ha admitido que en estos casos es obligado que el secretario-interventor de la corporación, en su condición de único funcionario de la misma, sea a la vez vocal de la mesa de contratación y secretario de esta. Corrobora esta conclusión el artículo 16 de la Ley 40/2015, Ley de régimen jurídico del sector público, que señala que los órganos colegiados tendrán «un Secretario que podrá ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración Pública correspondiente». Y el artículo 326.6 de la LCSP no parece que se oponga a esta conclusión al disponer que «la Mesa se considerará válidamente constituida si están presentes el presidente, el secretario, un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un funcionario que tenga atribuidas las funciones relativas a su control económico-presupuestario».

Por tanto, hay que concluir que es posible que la secretaria-interventora de la corporación, en su condición de único funcionario de la misma, sea a la vez vocal de la mesa de contratación y secretario de esta.

Lo que no es posible es que la secretaria-interventora actúe únicamente como secretaria de la mesa, porque se estaría vulnerando lo dispuesto en la disposición adicional segunda, que indica que el secretario debería intervenir como vocal, lo que conlleva tener voz y voto en la mesa. Por ello, la decisión del alcalde de nombrarla solo como secretaria de la mesa de contratación no es ajustada a derecho.

Finalmente recordar que la disposición adicional segunda también permite que en las entidades locales municipales, mancomunidades y consorcios locales, podrá integrarse en la mesa el personal al servicio de las correspondientes diputaciones provinciales o comunidades autónomas uniprovinciales. Esta es una de las funciones más importantes de las diputaciones provinciales, proporcionar asistencia y cooperación jurídica económica y técnica a los municipios.

B) Recurso interpuesto por una persona que fue notificada de la no adjudicación por un trabajador del ayuntamiento, que no era funcionario público.

El recurso deberá resolverse no admitiéndose, en primer lugar, porque la no notificación de un acto administrativo es un problema que afecta a la eficacia del acto, pero no a su validez. Por lo tanto, aun suponiendo que esa persona no fuera la competente para efectuar

la notificación, habría que deducir que la notificación es inexistente, pero el acto notificado no tiene por qué adolecer de vicio alguno por este defecto.

En segundo lugar, porque el supuesto ante el que nos encontramos en este caso es un supuesto equiparable al de la notificación defectuosa y, por tanto, una de las formas de su observación del recurso; a tenor de lo dispuesto en el artículo 40.3 de la Ley 39/2015, será la de realización de actos que ponen de manifiesto quedar enterado del contenido del mismo o interponer el recurso procedente contra aquella. Esto es lo que ha hecho el interesado, por tanto, la notificación quedó subsanada.

Respecto al fondo de la cuestión, en la actualidad el artículo 3.1 del Real Decreto 128/2018, de 16 marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter general, señala que la fe pública comprende «h) anotar en los expedientes, bajo firma, las resoluciones y acuerdos que recaigan, así como notificar dicha resoluciones y acuerdos en la forma establecida en la normativa aplicable».

Decir que esta función de notificación es una tarea propia del grupo A, de forma que supone que el secretario actuario es órgano transmisor o intermediario, entre el nacimiento del acto administrativo y el destinatario del mismo o sujeto pasivo de la notificación. De ahí que con actividad de la fe pública, no puede quitar ni añadir nada la notificación; y ahí, por tanto, una diferenciación entre el órgano que realiza el acto y el notificador del mismo. Esto no se opone a que no puede entenderse comprendida en esa fe pública el transporte y entrega al interesado, que puede ser realizada por otra persona.

2. ¿Puede licitar al contrato la concejala que está en el Registro Civil?

La incompatibilidad solo existiría si tuviera dedicación parcial o total, según los artículos 75.1 de la Ley 7/1985 y 1.2 de la Ley 53/1984, que establece la prohibición de recibir más de una retribución de los presupuestos públicos, pero, en este caso, es una mera gratificación, no retribución (la retribución es fija y continuada y la gratificación es variable).

3. ¿Puede licitar el administrativo con destino en una delegación de Hacienda?

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 16/2002, de 13 de junio, significó que la incompatibilidad y consiguiente causa de prohibición se dará únicamente con respecto a la Administración contratante en la que preste sus servicios el funcionario. Lo cual es lógico, porque es en esa Administración donde se produce el conflicto de intereses entre lo público y lo privado y donde se puede prevaler de su condición para obtener ventaja el funcionario.

4. ¿Tenía legitimación para recurrir la empresa que no participó en la licitación? ¿De qué recurso se tratará?

La regla general es que quien no ha participado en la licitación no tienen legitimación para recurrir la adjudicación del contrato, a tenor de los artículos 4 de la Ley 39/2015, LPAC, 19 de la Ley 29/1998, LJCA y 48 de la Ley 9/2017, LCSP, pues en principio no es titular de ningún derecho o interés legítimo, pero admite excepciones, según resulta de la jurisprudencia que alude al hecho de que se haya consentido la convocatoria o pliego. Por ello, esa regla está matizada, pues existe interés legítimo y por tanto legitimación activa para recurrir a quien ha impugnado la convocatoria o el pliego, aunque después no haya participado en el procedimiento de adjudicación, e incluso se ha admitido tal legitimación activa para la impugnación de la adjudicación cuando, pese a no haber participado en la licitación, se había impugnado la convocatoria o pliego. En el fondo, late el argumento de que no se puede obligar a participar en un procedimiento de adjudicación a quien ha impugnado la convocatoria por discrepar del pliego que la rige, por entender que es ilegal.

La STS de 5 de julio de 2005 confirma la admisión del recurso interpuesto por una empresa contra el acuerdo municipal de aprobación definitiva de los pliegos de condiciones, sin que a lo anterior obste el que la parte recurrente alegue que el interés ha de ser específico, actual, real y ni potencial o hipotético, pues ese es precisamente el interés que la parte recurrida aduce, y que no es otro que el de participar en condiciones de igualdad con todos los posibles concursantes, y obviamente si así participa, tiene un interés concreto y real, como es, por un lado, el participar en el concurso en condiciones de igualdad con las demás empresas, y por otro, tener derecho a obtener la adjudicación si reúne las condiciones exigidas y obtiene mejor puntuación que las demás empresas.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 119/2008, de 13 de octubre, reconoce legitimación activa para recurrir convocatorias o pliegos de quienes ostenten interés legítimo aunque no hayan participado en la licitación:

En concreto, por lo que se refiere a la legitimación activa ante la jurisdicción contencioso-administrativa, hemos precisado que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real.

Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar esta (por todas, STC 52/2007, de 12 de marzo).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que debe ser posible que una empresa interponga un recurso directamente contra las características dis-

criminatorias de la licitación, sin esperar a que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato (apartado 30 TJCE 2004\37), pero que carece de legitimación activa para impugnar la adjudicación del contrato una persona que, estimando discriminatorias las cláusulas de la licitación, no impugna esta ni presenta oferta (STJCE de 12 de febrero de 2004).

Señala el artículo 48 de la ley: «Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso».

Así pues, el propio tenor literal del precepto muestra que se reconoce legitimación activa para recurrir no solo a los que han participado en la licitación, pues los licitadores están siempre legitimados, sino también a otras personas que acrediten la titularidad de derechos o intereses legítimos que sean perjudicados o bien puedan ser afectados. En suma, están legitimados los licitadores, los perjudicados y los potencialmente afectados en sus derechos o intereses legítimos por el acto impugnado. Por tanto, parece que la LCSP fija una legitimación más amplia y que parece ir más allá del doble criterio comunitario de interés en obtener el contrato y de perjuicio, y debe interpretarse de acuerdo con el criterio extenso, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, de modo que la participación en la licitación no es condición inexcusable para ostentar un interés legítimo que otorgue legitimación activa para interponer el recurso especial en materia de contratación, por lo que alcanza también a los licitadores potenciales.

En cuanto al recurso de que se trata, debemos distinguir:

- a) Que el contrato de obras sea SARA o valor igual o superior a 3.000.000 de euros, en cuyo caso, potestativamente, puede interponer, antes de la vía contencioso-administrativa, el recurso especial en materia de contratación a que se refiere el artículo 44 de la LCSP. Se resolverá por el Tribunal de Recursos Contractuales (central, autonómico o local).
- b) Si no estamos en el caso anterior, podrá interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el órgano de contratación que aprobó el pliego, o bien directamente el recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (arts. 125 y 126 LPAC y 8 y 46 LJCA).

5. ¿Cómo será esa adjudicación que se ha realizado sin el informe previo de la comisión informativa?

Lo primero que habría que ver es quién era el órgano competente para la celebración de este contrato de obras a tenor de la disposición adicional primera de la LCSP. Si fuera competencia del alcalde, no era preciso ninguno dictamen previo de la comisión informativa.

Si fuera competencia del pleno, dispone el artículo 82 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales:

1. El orden del día de las sesiones será fiado por el Alcalde o Presidente asistido de la Secretaría. Asimismo, podrá recabar la asistencia de los miembros de la Comisión de Gobierno y, donde esta no exista, de los Tenientes de Alcalde, y consultar si lo estima oportuno a los portavoces de los grupos existentes en la Corporación.
2. En el orden del día solo pueden incluirse los asuntos que hayan sido previamente dictaminados, informados o sometidos a consulta de la Comisión Informativa que corresponda.
3. El Alcalde o Presidente, por razones de urgencia debidamente motivada, podrá incluir en el orden del día, a iniciativa propia o a propuesta de alguno de los portavoces, asuntos que no hayan sido previamente informados por la respectiva Comisión Informativa, pero se ratifique por la mayoría su inclusión en el orden del día.
4. En el orden del día de las sesiones ordinarias se incluirá siempre el punto de ruegos y preguntas.

Parece que es presupuesto de validez de los acuerdos adoptados en sesión ordinaria del pleno municipal el previo dictamen de la correspondiente comisión informativa, 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 la comisión informativa, 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.

No obstante, para el supuesto planteado resulta definitiva la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de noviembre de 2009 donde, de forma expresa, se aborda y razona la duda formulada, indicando que:

CUARTO. Que determinados plenos sean de convocatoria obligada para el alcalde no supone que deba hacerse dicha convocatoria al margen de los trámites esenciales establecidos, entre los que tiene carácter necesario la intervención de la Comisión. En fin, es del todo claro en el ROF (art. 126) que la exclusión del informe de la Comisión solo está prevista –aparte de los supuestos expresamente contemplados en la norma– en los casos de urgencia.

El asunto aquí discutido no se deduce que fuera urgente, según se desprende de los hechos.

Así lo han entendido otros Tribunales Superiores de Justicia (STSJ de Asturias de 28 de julio de 2006):

«QUINTO.- [...] la competencia del Alcalde para fiar el Orden del día de las sesiones del Pleno en aquellos motivos propios de su competencia por considerar que se someten a debate cuestiones que excedan de la competencia del Pleno no alcanza a sustraer con su criterio personal y sin oír a la referida Comisión Informativa qué cuestiones son o no competencia del Pleno, ni limitar el derecho de los Concejales proponentes del Pleno a examinar las mociones por ellos propuestas, procediendo en consecuencia la estimación del recurso anulando la resolución recurrida a fin de que sea informada previamente la propuesta del Orden del día del Pleno Extraordinario solicitado por la Comisión Informativa que corresponda».

Respecto a las consecuencias de los acuerdos adoptados sin ese dictamen habrá que analizar el caso concreto y determinar si ha originado realmente indefensión o vulneración de los concejales respecto a su derecho de participación en asuntos públicos del artículo 23 de la CE, pues no hay que perder de vista, en todo caso, que los miembros de la comisión informativa forman parte, también, del pleno municipal y que sus informes nunca son vinculantes.

6. ¿Debe hacerse cargo de los gastos, en concepto de costas procesales, el ayuntamiento?

Según el artículo 121 del CP,

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

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

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

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

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

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

El artículo 78.1 de la LBRL establece un principio general de responsabilidad penal de los corporativos locales, estableciendo que

los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable.

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

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

Con un contenido paralelo, el artículo 60 del TRRL establece que las autoridades, al igual que los funcionarios que adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones legales, estarán obligados a indemnizar a las corporaciones locales (no se refiere a terceros) por los daños y perjuicios consecuencia de aquellos. Pero en este caso, no solo cuando medie dolo o culpa grave, sino también en los casos de culpa leve o incluso de negligencia. Y ello sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir.

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

El derecho a que la Administración pública se haga cargo de los gastos y costes derivados de aquellos procedimientos en los que sean parte los miembros de las Administraciones públicas aparece reconocido, con respecto a los funcionarios públicos, en la Ley 5/2015, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El artículo 14 de esta ley afirma que

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

[...]

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

En el particular ámbito de los miembros electos de las corporaciones locales, es necesario acudir a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y al Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, para hallar los derechos y obligaciones que a estos se reconocen.

La primera de las normas citadas dedica el capítulo V del título V a la regulación del estatuto de los miembros de las corporaciones locales, estableciendo en su artículo 75.4 el derecho de estos a percibir indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el pleno corporativo.

En el mismo sentido, el artículo 13.5 del Reglamento de organización y funcionamiento de las entidades locales dispone:

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

El Tribunal Supremo, en sentencias de 18 de enero y 10 de julio de 2000, respecto a los preceptos anteriores, sentó la siguiente jurisprudencia:

La noción jurídica del concepto utilizado por la Ley comprende el resarcimiento de cualquier daño o perjuicio, tanto por gasto realizado, como por una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obten-

ción de otro ingreso durante el tiempo que se dedica al desempeño del cargo en la Corporación e, incluso, por merma de la dedicación posible a la propia actividad particular.

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

Conforme a una reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, «la cualidad de funcionario a efectos penales no puede subordinarse, ni hacerse depender de su vinculación o calificación administrativa, ni de las definiciones contenidas en las normas reguladoras de su relación con la Administración Pública sino que ha de atenderse al artículo 24 del Código Penal, que solo hace depender tal cualidad del hecho concreto y real que una persona se halle participando más o menos permanente o temporalmente, habiendo sido designado para ello en el ejercicio de funciones públicas» (STS de 8 de mayo de 1992), habiéndose así comprendido «los llamados funcionarios de hecho que desempeñan una función pública, aunque no reúnan todas las calificaciones o legitimaciones requeridas» (STS de 30 de septiembre de 1992), así como interinos y sustitutos (SSTS de 9 de octubre de 1991 y 1183/1993, de 20 de mayo). En definitiva, «el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente la participación en la función pública (STS de 4 de diciembre de 2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto» (STS 1590/2003, de 22 de abril).

En cualquier caso, la cuestión a discernir es si los costes derivados de la imputación de corporativos en causas penales por el ejercicio de las funciones propias de sus cargos pueden ser considerados como gastos indemnizables en los términos señalados por los artículos 75.4 de la LRBRL y 13.5 del ROF. La Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre la misma en la resolución del recurso de casación número 3271/1996 por Sentencia de 4 de febrero de 2002.

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

- a) Que hayan sido motivados por una inculpación que tenga su origen o causa directa en la intervención del miembro de la Corporación en una actuación administrativa o de otra índole realizada en el cumplimiento de las funciones atribuidas por las disposiciones aplicables a su actividad como tal miembro de la Corporación o en cumplimiento o desarrollo de acuerdos de los órganos de esta. Estos gastos, debe entenderse, en principio, que se trata de gastos generados con ocasión del

ejercicio de sus funciones, pues la causa remota de la imputación penal radica en una conducta de estas características.

- b) Que dicha intervención no haya sido llevada a cabo con abuso, exceso, desviación de poder o en convergencia con intereses particulares propios de los interesados o del grupo político o de otra índole al que pertenecen susceptibles de ser discernidos de los intereses de la Corporación, pues en tal caso la actuación no puede considerarse como propia del ejercicio de la función, sino como realizada en interés particular, aunque externa o formalmente no sea así.
- c) Que se declare la inexistencia de responsabilidad criminal por falta objetiva de participación o de conocimiento en los hechos determinantes de la responsabilidad penal, la inexistencia de estos o su carácter lícito. De haberse contraído responsabilidad criminal no puede entenderse que la conducta realizada lo haya sido en el ejercicio de sus funciones, sino abusando de ellas. De no haberse probado la falta de participación en hechos penalmente reprochables, aun cuando concurren causas subjetivas de exención o de extinción de la responsabilidad criminal, cabe estimar, en atención a las circunstancias, que los gastos de defensa no dimanen del ejercicio de las funciones propias del cargo, dado que no puede considerarse como tales aquellas que objetivamente hubieran podido generar responsabilidad criminal.

7. Conteste a la pregunta que formula el alcalde a la secretaria- interventora sobre el ajuste a derecho de las transmisiones de los nichos y, si no lo fuera, cómo se debería proceder. Para responder a estas cuestiones tenga en cuenta la normativa general

Los cementerios tienen la condición de bienes de dominio público por su afectación al uso público (art. 4 del Real Decreto 1372/1986 [RBEL]).

El artículo 5 del RBEL señala que estos bienes son inalienables, por lo tanto no son posibles transmisiones a terceros de la propiedad de dichos bienes, ya que sus titulares únicamente tenían la titularidad de la concesión.

Por su parte, el artículo 79 del RBEL, sobre el plazo de concesión, señala que no puede ser por plazo indefinido, siendo el plazo máximo 99 años –en la actualidad 75, conforme al artículo 93.3 de LPAP–, a no ser que por la normativa especial se señale otro menor. Por lo tanto, no caben concesiones a perpetuidad; pasado el plazo de la concesión, y en todo caso los 99 años, el ayuntamiento recupera la libre disposición de los nichos o sepulturas.

Por tanto, cualquier transmisión por negocio jurídico *inter vivos* es nula de pleno derecho, porque esos bienes y derechos son inalienables, están fuera del comercio de los hombres, y por tanto constituye un vicio de nulidad absoluta contemplado en el artículo 47.1 c), por ser un acto de contenido imposible.

De manera que la forma de proceder deberá ser ejercitando la facultad del derecho de reversión sobre las concesiones en su día concedidas por incumplimiento esencial de las obligaciones de los titulares de la concesión.

Otra cuestión hubiera sido que se transmitiera la concesión dentro del plazo de la duración de la misma, en cuyo caso, a falta de norma especiales, el artículo 92 de la Ley 33/2003, LPAP señala que:

1. Las autorizaciones se otorgarán directamente a los peticionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y si ello no fuere procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen.

2. No serán transmisibles las autorizaciones para cuyo otorgamiento deban tenerse en cuenta circunstancias personales del autorizado o cuyo número se encuentre limitado, salvo que las condiciones por las que se rigen admitan su transmisión.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 137.
- Ley Orgánica 10/1995 (Código Penal), arts. 24 y 121.
- Ley 7/1985 (bases de régimen local), arts. 22, 75 y 78.1.
- Ley 33/2003 (de patrimonio de las Administraciones públicas), arts. 92 y 93.
- Ley 5/2015 (Estatuto Básico del Empleado Público), art. 14.
- Ley 39/2015 (del procedimiento administrativo común), arts. 4, 40, 47.1, 125 y 126.
- Ley 40/2015 (del régimen jurídico del sector público), art. 9.
- Ley 9/2017 (LCSP), arts. 48, 146.2, 326 y disp. adic. 2.^a
- Real Decreto Legislativo 781/1986 (texto refundido de régimen local), art. 60.
- Real Decreto 1372/1986 (RBEL), arts. 4, 5 y 79.
- Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales), arts. 5, 13.5, 22 y 82.
- Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo (por el que se desarrolla parcialmente la Ley de contratos), art. 2.1.
- Real Decreto 128/2018 (régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local), art. 3.1.

- STJUE de 12 de febrero de 2004.
- SSTC 119/2008, de 13 de octubre (NCJ046811) y 52/2007, de 12 de marzo (NSJ023447).
- SSTS de 26 de septiembre de 1997, 24 de octubre de 1997, 18 de enero y 10 de julio de 2000, 4 de febrero de 2002, 1590/2003, de 22 de abril y 5 de julio de 2005.
- STSJ de Asturias de 28 de julio de 2006.
- Informe 16/2002, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 13 de junio.