

Administración local. Expropiación forzosa. Incompatibilidad de un concejal y contratación administrativa

Julio Galán Cáceres

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

Extracto

Se plantean en el presente supuesto práctico diversos problemas de distinta índole surgidos en un ayuntamiento de régimen común. Tales son, en resumen: la falta de extensión del acta de ocupación en una expropiación forzosa; un presunto supuesto de incompatibilidad de un concejal; si un reparo realizado por el secretario-interventor tiene efectos suspensivos; la validez de la subsanación de la omisión de un aval bancario en un contrato administrativo en la fase de formalización; cómo debe computarse, a efectos de votación, la ausencia de unos concejales del Pleno; la posible incompetencia de un Pleno para aprobar un convenio colectivo y, finalmente, la falta de liquidación de un contrato acordada en el año 2008.

Palabras clave: expropiación forzosa; incompatibilidades; reparo; contratación administrativa; quórum en pleno extraordinario; competencia del ayuntamiento.

Fecha de entrada: 27-09-2020 / Fecha de aceptación: 22-10-2020

Enunciado

En el Ayuntamiento, de régimen común, de XXX, en la provincia de Cáceres, se han planteado los siguientes supuestos:

PRIMERO. En una expropiación ordinaria de una finca, la Administración expropiante y beneficiaria de la misma ha procedido a abonar el justiprecio fijado por el jurado; sin embargo, transcurrido un año y medio, no ha procedido a extender el acta de ocupación. Ante estos hechos, el alcalde plantea al secretario-interventor ¿qué podría hacer el expropiado contra el ayuntamiento?

SEGUNDO. Un concejal tiene dedicación exclusiva en la Diputación Provincial correspondiente. Asiste a las sesiones en el ayuntamiento donde ostenta la condición de concejal. Ha dirigido escrito al alcalde preguntando si existe incompatibilidad entre el percibo de retribuciones por dedicación exclusiva en la Diputación e indemnizaciones por asistencia a las sesiones en el ayuntamiento donde ostenta la condición de concejal.

TERCERO. El alcalde pregunta al secretario-interventor si el reparo que se pone a la fase de ordenación de pagos por incumplir la prelación legal, ¿tiene efectos suspensivos?

CUARTO. Existe en marcha un expediente de contratación para la limpieza del consistorio durante el plazo de dos años. Abierta la fase de presentación de ofertas, en una UTE (unión temporal de empresas), una de las empresas solo aportó compromiso de formalización de aval bancario y aportó el aval en el plazo de subsanación. El alcalde pregunta al secretario-interventor si debe ser o no excluida de la licitación. Si fuera excluido, ¿qué recurso/s podría interponer?

QUINTO. Convocado pleno extraordinario a solicitud de concejales, al tomar la palabra dijeron que retiraban los asuntos solicitados y se ausentaron del Pleno. Pese a todo, se continuó la sesión y se procedió a su votación. ¿Se considera que se abstuvieron?

SEXTO. El ayuntamiento consta de nueve miembros. Celebrado pleno extraordinario, el día 8 de abril, para la aprobación de un convenio laboral, en el momento de iniciarse la sesión y durante la celebración del mismo se encontraban presente el alcalde, el secretario-interventor y tres concejales del Grupo municipal al que pertenecía el alcalde y un concejal del grupo de la oposición. En el momento de votarse la aprobación del referido convenio laboral, antes de su votación, uno de los concejales presentes recibe una llamada telefónica de un familiar comunicándole que su compañera sentimental se había puesto de parto y que, de inmediato, sería trasladada a la residencia de la Seguridad Social de Cáceres, a unos 20 kilómetros. Ante ello, abandona de inmediato el salón consistorial. A continuación, se procedió a la votación del acuerdo y se aprobó con los votos del alcalde y sus concejales, votando en contra el concejal de la oposición. El acuerdo aprobado se publicó el 16 de abril.

El día 16 de mayo, el concejal de la oposición que había votado en contra presenta recurso administrativo de reposición contra dicho acuerdo con fundamento en: a) El acuerdo era nulo de pleno derecho por no respetar las reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegiados y, b) No era de la competencia del pleno la aprobación de dicho convenio.

Se solicita, por el alcalde, informe razonado del secretario-interventor sobre cuál debe ser el contenido de la resolución al referido recurso.

SÉPTIMO. Por sentencia, dictada en el presente año, se declaró la nulidad del acuerdo de adjudicación de un contrato. En el año 2008 se acordó liquidar el referido contrato, poniéndose en marcha el oportuno procedimiento, pero, finalmente, no se hizo nada. El alcalde pregunta al secretario-interventor cómo se debe proceder?

Cuestiones planteadas:

Se han ido planteando después del relato de los distintos hechos.

Solución

PRIMERO. La vía del recurso contencioso contra la inactividad es procedente, pero se plantea un problema, en concreto, cuál de las dos modalidades previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) (art. 29.1 y 2) debería emplearse.

Comenzaremos por analizar brevemente los requisitos de cada una de ellas.

El artículo 29.1 de la LJCA dispone que:

Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté

obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, estos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

El ejercicio conforme a Derecho de la pretensión de condena regulada en el citado artículo 29.1 de la LRJCA, pasa por el cumplimiento de los requisitos que para su ejercicio ante esta jurisdicción previene el precepto, esto es, que quien quiera hacer uso ante los tribunales de esta peculiar pretensión de condena tiene que cumplir con los requisitos preprocesales que impone el precepto, para que así la Administración tenga la oportunidad de conocer que el reclamante le está pidiendo que ejecute en su favor una prestación concreta a la que tiene derecho, y, pueda, en consecuencia, cumplir aquello a lo que está obligada o bien denegar el derecho del reclamante a la prestación concreta, bien por estimar que no tiene ese derecho, bien que lo tiene pero en unos términos distintos a los pretendidos. Sin embargo, en todo caso, lo que es necesario en el escrito del reclamante dirigido a la Administración es identificar la concreta prestación a la que tiene derecho y el precepto en el que ampara su ejercicio.

Por su parte, el artículo 29.2 de la LJCA dispone que:

Quando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si esta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.

La finalidad del precepto es la especial protección contra la inactividad ejecutiva de procurar una rápida tutela (que no podría lograrse a través del procedimiento ordinario), es más, en estos casos no tendría sentido seguir todos los trámites del proceso administrativo declarativo hasta la sentencia, cuando, por existir ya un título ejecutivo con fuerza obligatoria de lo que se pretende de la Administración, no es la sentencia de condena sino la ejecución lo que demanda la tutela jurisdiccional efectiva.

La acción del artículo 29.2 precisa, por tanto, en primer lugar, un acto firme, expreso o presunto, pero también que el interesado solicite con total claridad a la Administración su ejecución. Dicha solicitud es inexcusable para que la Administración requerida pueda ejecutar el acto y para que el interesado pueda ejercitar en forma la pretensión del artículo 29.2. De manera que, si la petición del afectado no cumple esos requisitos, luego no podrá acudir a la jurisdicción sobre la base del citado artículo 29.2, pues esta vía requiere el adecuado cumplimiento de esa condición preprocesal.

Realizado este breve repaso, entendemos que el supuesto de incumplimiento de levantar el acta de ocupación encontraría encaje en el artículo 29.1, pues el acta de ocupación no

sería la ejecución de un «acto firme», sino el cumplimiento de un trámite del procedimiento expropiatorio iniciado de oficio por la Administración y cuya preceptividad viene fijada por la propia normativa (arts. 53 de la Ley de Expropiación Forzosa y 55 de su Reglamento de desarrollo). Es decir, estamos ante el derecho a una prestación que nace de la propia norma y del acto consistente en la propia incoación del expediente expropiatorio.

En este sentido, podemos citar la STSJ de Andalucía (Sevilla) 149/2011, de 8 de febrero de 2011 (rec. núm. 889/2007):

SEGUNDO. Los derechos económicos de los regidores locales se regulan, positivamente, en los artículos 75 y 75 bis y ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL); así como en el artículo 13 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. A tenor de dichos preceptos, la compensación del trabajo de los corporativos presenta las siguientes modalidades: sueldo o haberes fijos, indemnizaciones, asistencias y dietas por desplazamientos y gastos de viaje. Bien cierto es que esta catalogación no es pacífica; ya que parte de la doctrina sostiene que las categorías retributivas deben reducirse a las de sueldo o haberes fijos, indemnizaciones y asistencias, o solo a las dos primeras, habida cuenta que, tanto las asistencias por concurrencia a sesiones de órganos de la corporación, como las dietas por otros gastos, participan, en puridad, del concepto legal de indemnizaciones. Como bien señala Tomás Cobo Olvera, en sus *Comentarios a la Ley de Bases de Régimen Local*, el derecho a retribución de los miembros corporativos no es un derecho inherente al cargo, sino de configuración legal y, por tanto, para su percepción ha de acomodarse a las normas que lo regulan. Hay que señalar, además, que las retribuciones e indemnizaciones tienen carácter personal, intuitu personae; por lo tanto, se trata de derechos económicos distintos de los que otorga el artículo 27 del ROF a los grupos políticos.

Examinado el marco normativo general, vamos a proceder al estudio de la cuestión concreta formulada en su caso; es decir, si existe alguna incompatibilidad entre el percibo de retribuciones fijas y periódicas por dedicación exclusiva en la Diputación Provincial e indemnizaciones por asistencia a las sesiones corporativas en el ayuntamiento donde ostenta la condición de concejal.

Debemos tener en cuenta que las previsiones del artículo 75.3 del LRBRL, prescriben, como regla general que:

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

Este precepto no ha sido objeto de modificación alguna por parte de la LRSAL, de forma que continúa la misma redacción dada en el año 2000. Pero también debe tenerse en cuenta que la reciente reforma operada por la LRSAL ha incorporado dos nuevos preceptos (arts. 75 bis y ter), estableciendo el apartado tercero del artículo 75 bis una previsión con relación a esta materia –por cierto con una pésima técnica legislativa– y se puede comprobar con la simple lectura de sus previsiones:

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

Como puede apreciarse, es una copia literal de las previsiones que continúan vigentes y reguladas en la normativa.

Este tipo de indemnización, por otra parte, debe ser igual para todos los miembros que forman parte del órgano colegiado, según señaló la STS 239/1997, de 1 de diciembre de 1995. Esta razona, además, que:

En cuanto a las diferentes cantidades asignadas en casos de dietas por asistencia a las sesiones, se llega a la conclusión en virtud de criterios de razonabilidad de que debe acogerse la argumentación de los apelantes respecto a que no supone necesariamente mayor trabajo la preparación de las sesiones por quien ejerce cargos de mayor responsabilidad. Pues la conducta exigible de los miembros de la corporación, tanto los que forman parte del equipo de gobierno municipal como los demás, es una diligencia extrema en el estudio de los asuntos examinados por los órganos colegiados. No es de apreciar por tanto que exista mayor trabajo como consecuencia de la sesión para el que es titular de un cargo en el equipo de gobierno, pues ello supondría una mera asistencia pasiva de los demás concejales que es desde luego contraria al espíritu de la legislación reguladora y a las exigencias del interés público.

Además, según ha venido siendo reconocido, por todas STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de junio de 2005:

Resulta razonable fijar indemnizaciones distintas según el órgano municipal que se trate, pero sin establecer diferencias personales; tales diferencias de dietas de asistencia según de qué órgano se trate pueden estar justificadas por la propia importancia, complejidad o competencia del órgano en concreto; así, se entiende que sean mayores por la asistencia a la Junta de Gobierno (con competencias ejecutivas) y a las mesas de contratación (por la materia que tratan) que las asistencias a las comisiones informativas (competencias dictaminadoras); sin embargo no resultaría admisible un criterio que introdujese diferencias en las dietas según el partido o grupo político a que perteneciese el diputado o concejal.

Pues bien, entendemos que la literalidad del precepto, y su interpretación sistemática, nos lleva necesariamente a concluir que la posible incompatibilidad de percepciones entre haberes e indemnizaciones por asistencia solo se puede producir dentro de la misma corporación local.

En este caso, nos encontramos que el régimen de dedicación exclusiva lo percibe en una entidad local diferente a la que le indemniza por asistir a las sesiones plenarios; de forma que el límite (incompatibilidad) establecido tanto en el artículo 75.3 como en el 75 bis.3, no resulta de aplicación, pues entendemos que solo se puede desarrollar en el ámbito de la misma entidad local, no entre entidades locales diferentes; siempre que tenga el carácter de indemnizaciones lógicamente, porque cualquier otra clase de retribución, aunque parcial, originaría un claro impedimento de incompatibilidad.

TERCERO. Podemos definir el reparo, a tenor de lo preceptuado por el artículo 215 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), aprobado por Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, como la forma que adopta la actuación interventora en los casos de disconformidad. Precepto equivalente al del artículo 154.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP 2003).

Solo actuando a través del reparo, el interventor se exime de responsabilidad. No ha de olvidarse que de la realización de actos contrarios a las previsiones legales en materia de autorización de gastos o reconocimiento, liquidación y pago de obligaciones, pueden derivarse las responsabilidades previstas en el artículo 188 del TRLRHL, que se imputarán al ordenador «en todo caso», y al interventor «cuando no advierta por escrito su improcedencia». Precepto de alcance particular que ahora el citado artículo 215 generaliza a todos los casos de desacuerdo en la fiscalización.

La fiscalización de conformidad no se halla sometida a reglas especiales. En cambio, si formula reparos, el interventor deberá –en virtud del principio de interdicción de la arbitrariedad– exponer los motivos de la disconformidad, citando los preceptos legales infringidos. Así lo dice, en el ámbito estatal, el segundo párrafo del artículo 15.1 del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre; a cuyo tenor, «dichos reparos serán motivados con razonamientos fundados en las normas en que se apoye el criterio sustentado y deberán comprender todas las objeciones observadas en el expediente».

Ahora bien, y dependiendo de los efectos que produce el reparo, podemos distinguir entre reparos esenciales y reparos no esenciales; integrándose en el primer grupo los previstos. Únicamente cabe este tipo de reparo en los supuestos tasados en la ley; si bien la imprecisión del apartado c) impide que podamos considerar como cerrada la enumeración de dichos supuestos. Pues la ley distingue según cuáles sean los actos sometidos a fiscalización para atribuir distinta trascendencia a los respectivos reparos.

Por lo que se refiere a los efectos normales del reparo en materia de gastos, ha de recordarse que están sometidas a fiscalización todas y cada una de las fases de gestión del

gasto, es decir, autorización, disposición, reconocimiento de la obligación y ordenación del pago. Por eso, al examinar los actos correspondientes, uno de los aspectos a tener en cuenta es si se han producido correctamente las fases anteriores relativas al mismo gasto. Pero, cualquiera que sea la fase en que el reparo se produzca, los efectos de este dependen sobre todo de que la causa que los motiva constituya defecto esencial o meramente accidental, pues el artículo 216.2 del TRLRHL dispone:

Si el reparo afecta a la disposición de gastos, reconocimiento de obligaciones u ordenación de pagos, se suspenderá la tramitación del expediente hasta que aquel sea solventado en los siguientes casos:

- a) Cuando se base en la insuficiencia de crédito o el propuesto no sea adecuado.
- b) Cuando no hubieran sido fiscalizados los actos que dieron origen a las órdenes de pago.
- c) En los casos de omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales.
- d) Cuando el reparo derive de comprobaciones materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios.

Así pues, los que suspenden la tramitación del expediente son los reparos motivados por defectos esenciales, que se enumeran indiferenciadamente en las letras a) a d) del artículo 216.2 del TRLRHL, afectando a la fase de ordenación de pagos la del apartado b), centrada en que el reparo se formula «cuando no hubieran sido fiscalizados los actos que dieron origen a las órdenes de pago». Si el acto que da origen a la orden de pago se ha fiscalizado, el hecho de que se incumpla el orden de prelación no supone que exista un defecto esencial.

En consecuencia, carece de efectos suspensivos el incumplimiento del orden de prelación de pagos al no estar enumerado en el artículo 216.2 del TRLRHL; por no estar basado en defectos esenciales. Para tales casos, creemos, a pesar de no haber sido recogido en la normativa local, podría ser de aplicación supletoria lo previsto en el artículo 154.2, párrafos 2.º y 3.º de la LGP 2003, según el cual:

En el supuesto de que los defectos observados en el expediente derivasen del incumplimiento de requisitos o trámites no esenciales, la Intervención podrá emitir informe favorable, pero la eficacia del acto quedará condicionada a la subsanación de dichos defectos con anterioridad a la aprobación del expediente. El órgano gestor remitirá a la Intervención la documentación justificativa de haberse subsanado dichos defectos. De no solventarse por el órgano gestor los condicionamientos indicados para la continuidad del expediente, se considerará formulado el correspondiente reparo.

CUARTO. La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, admite que el sector público contrate con uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto (art. 69).

El artículo 61.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dispone que, en el caso de uniones temporales de empresarios, las garantías provisionales podrán constituirse por una o varias de las empresas participantes, siempre que, en conjunto, se alcance la cuantía requerida en el TRLCSP y se garantice solidariamente a todos los integrantes de la unión temporal.

En cuanto a la finalidad y efectos de las garantías provisionales, es criterio reiterado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) que estas garantías –a diferencia de las definitivas que aseguran la correcta ejecución del contrato– lo que aseguran y garantizan es la seriedad de las ofertas y la formalización del contrato adjudicado y, por tanto, procede su incautación en los supuestos de retirada de ofertas y de falta de formalización por causa imputable al adjudicatario.

Conforme al artículo 108 de la LCSP, las garantías exigidas en los contratos celebrados con las Administraciones públicas podrán prestarse mediante aval, debiendo este reunir las características del artículo 56 del RCAP.

Si la mesa de contratación observa defectos u omisiones subsanables en la documentación administrativa presentada, además de tener que comunicarlo y hacer público, tiene que conceder un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación (art. 81 RCAP, relativo a la «calificación de la documentación y defectos u omisiones subsanables»).

Es discrecional, por parte de la mesa, determinar qué defectos son subsanables y cuáles no; puesto que el RCAP no lo determina expresamente. Existe una tendencia jurisprudencial a favorecer la posibilidad de subsanación de defectos de las ofertas con el fin de no limitar inútilmente la concurrencia de licitadores. No obstante, hemos de tener presente el criterio mantenido reiteradamente por la JCCA sobre la existencia de defectos subsanables en sus informes, entre otros, 25/2002, de 17 de diciembre; 35/2002, de 17 de diciembre; 48/2002, de 28 de febrero de 2003; 27/2004, de 7 de junio, y 36/2004, de 7 de junio, donde manifiesta que, sin poder establecer una lista exhaustiva de los mismos, ha de considerarse que revisten tal carácter los que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento.

El criterio mantenido por la JCCA puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir a la licitación, siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable.

Entendemos, por tanto, que debe ser excluida la UTE del procedimiento de adjudicación del contrato que estamos comentando debido a que el compromiso de formalización de

aval no es admisible como garantía; y la constitución del aval en fecha posterior a la finalización del plazo de presentación de proposiciones no es un defecto subsanable, conforme al criterio reiterado en numerosas ocasiones por la JCCA.

Respecto al recurso a interponer, depende de si el contrato estaba sujeto a SARA o no.

Se trata de un contrato de servicios del artículo 17 por el que se regula la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, señalando que son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II. Está sujeto a Regulación Armonizada de acuerdo con el artículo 22 b), están sujetos a SARA los contratos cuyo valor estimado sea igual o superior a 214.000 euros, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entidades del sector público distintas a la Administración general del Estado, sus organismos autónomos o las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

Según el artículo 44, cabría contra la exclusión de la Mesa de Contratación el recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal de Recursos Contractuales y, posteriormente, recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (art. 8.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Si no estuviera sujeto a SARA cabría recurso de reposición potestativo, conforme a los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (tanto la competencia para contratar sea del alcalde o del Pleno) y, posteriormente, recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo

QUINTO. Del contenido del relato de hechos no parece que podamos calificar jurídicamente la situación como propuesta de que algún punto quede sobre la mesa. Creemos que estamos ante el desistimiento, por los concejales, de su derecho a tratar algunos puntos determinados en el orden del día.

El desistimiento y la renuncia se regulan de forma conjunta en el artículo 93 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común. Según dicho artículo:

Todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando ello no esté prohibido por el ordenamiento jurídico, renunciar a sus derechos. Si el escrito de iniciación se hubiera formulado por dos o más interesados, el desistimiento o la renuncia solo afectará a aquellos que la hubieren formulado.

El artículo 93.3, relativo a medios y efectos, dice que tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia; indicando, a continuación, que la Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará

concluido el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen estos su continuación, en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento. Dice, también, que si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguir el procedimiento.

Para concretar la aplicación de aquellos derechos, incluidos en los preceptos expuestos, hemos de referirnos al artículo 6.2 y 3 del Código Civil; norma aplicable a todas las ramas del Derecho, cuyo texto dice:

La exclusión voluntaria de la ley aplicable, y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, solo serán válidas cuando no contraríen el interés general o el orden público ni perjudiquen a terceros. Los actos contrarios a las normas imperativas... son nulos de pleno derecho.

Dado que no estamos, a nuestro juicio, ante un acto contrario al interés general ni se perjudica a terceros, nos parece perfectamente válido que los concejales que solicitaron tratar los asuntos en una sesión plenaria, desistan de ello.

El trámite de dejar los asuntos sobre la mesa para la próxima sesión (trámite peculiar de la Administración local y de normal utilización en sus sesiones) tiene como fundamento el asegurar la idoneidad y la viabilidad de los acuerdos. Puestos a escoger entre la celeridad de la actuación o la posibilidad de dilación, el legislador no ha dudado en inclinarse por esta última, no obligando a resolver forzosamente los asuntos en la sesión en cuyo orden del día han sido incluidos, permitiendo su demora con la mayor amplitud, con objeto de garantizar la pertinencia y la procedencia de unos acuerdos que, una vez adoptados, van a ser vinculantes para la corporación.

Se confiere el ejercicio de este derecho a cualquier miembro de la corporación. Así, el artículo 92.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales establece que:

Cualquier concejal podrá pedir, durante el debate, la retirada de algún expediente incluido en el orden del día, a efecto de que se incorporen al mismo documentos o informes, y también que el expediente quede sobre la mesa, aplazándose su discusión para la siguiente sesión.

La solicitud no paraliza la deliberación sobre el asunto, ya que el debate continuará. Pero, antes de proceder a la votación sobre el fondo del asunto, será votada aquella petición. Si no hay mayoría, se someterá a votación el fondo del asunto. Si hay mayoría simple, no habrá lugar a votar la propuesta de acuerdo y el asunto quedará sobre la mesa, aplazándose su discusión para la siguiente sesión (art. 92.1 ROF).

Como decíamos, no creemos que estemos ante una retirada de asunto para un mejor estudio; sino que, simplemente, los concejales han decidido desistir o renunciar a su dere-

cho de tratar los asuntos por los que se convocó el Pleno. Por ello, consideramos que no debió votarse la retirada de ningún punto ni deliberar y votar sobre los mismos.

No obstante, y por no eludir contestar a la cuestión planteada, si aceptamos que se debió votar la retirada del asunto, estamos de acuerdo con su percepción de que se debe considerar que los ausentes se abstuvieron. Tal y como dispone el artículo 100 del ROF, a efectos de la votación correspondiente se considerará que se abstienen los miembros de la corporación que se hubieren ausentado del salón de sesiones una vez iniciada la deliberación de un asunto y no estuviesen presentes en el momento de la votación.

Pero creemos que no se debió de votar; y, tras el desistimiento de los concejales, debería haberse levantado la sesión sin más consideraciones. Si los concejales retiraron sus propuestas, no tenía sentido que el Pleno votase esa retirada, dado que se había producido un desistimiento.

SEXTO. Lo primero que debemos significar es que el recurso debió ser no admitido por extemporáneo. En este sentido, el artículo 124 de la Ley 39/2015, LPAC, señala el plazo de un mes para la interposición de este recurso. Normalmente, este plazo se computa desde el momento de la notificación o publicación pero, en este caso, al tratarse de un concejal que tenía conocimiento del contenido del acuerdo desde el momento de la celebración del pleno municipal que se celebró el día 8 abril, el plazo empieza a computarse desde dicha fecha y no desde el momento en que se publicó el acuerdo, día 16 abril. Luego, el día 16 mayo interponer el recurso de reposición estaba ya fuera de plazo.

Respecto a los argumentos utilizados:

a) Acto nulo de pleno derecho por vulneración de las reglas esenciales para la formación de voluntad de órganos colegiados

Este vicio se encuentra contemplado en el artículo 47 e) de la Ley 39/2015. Se debe referir a la inexistencia de quórum suficiente en el momento de producirse la votación, porque en el momento de constituirse la sesión y durante toda la celebración de la misma asistieron al pleno extraordinario el alcalde, el secretario, cuatro vocales del grupo municipal del alcalde y un concejal del grupo municipal de la oposición, por lo tanto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 90.1 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, a falta de Reglamento Orgánico propio que señala que:

Para la válida constitución del Pleno se requiere la asistencia de un tercio del número legal de miembros de la corporación, que nunca podrá ser inferior a tres. Este quórum deberá mantenerse durante toda la sesión. En todo caso se requiere la asistencia del presidente y del secretario de la corporación o de quienes legalmente le sustituyan.

Sin embargo, antes de la votación se ausenta un concejal por lo que dicho quórum ya no se mantiene de manera que, efectivamente, el acuerdo adoptado es nulo de pleno derecho porque el alcalde, ante la ausencia del concejal de su grupo antes de la votación, y al no estar el quórum mínimo exigido por el ROF, debió suspender la sesión.

b) Órgano competente para la aprobación del convenio del personal laboral

Para un examen adecuado de la cuestión planteada, es preciso realizar una reflexión general sobre la cuestión de la competencia para aprobar los acuerdos y pactos en las corporaciones locales. El artículo 38.2 y 3 del Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), establece que los pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente. Los acuerdos versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones públicas. Para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos. Cuando tales acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que pueden ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente.

Tradicionalmente, el Pleno viene siendo el órgano que aprueba o ratifica dichos convenios. Si bien, es cierto que la aparición de las Juntas de Gobierno Local en los municipios de gran población ha provocado la aparición de posiciones diferentes a este respecto.

Así, debemos destacar que al Pleno municipal, en los municipios ordinarios, la normativa local no le atribuye expresamente la competencia de aprobar los acuerdos, pactos y convenios de personal. Dicho órgano ostenta expresamente, en materia de personal, las atribuciones determinadas en el artículo 22.2 i) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL); en concreto, la aprobación de la plantilla de personal y de la relación de puestos de trabajo, y a la fijación de la cuantía de las retribuciones complementarias fijas y periódicas de los funcionarios y el número y régimen del personal eventual. En cambio, en los municipios de gran población, nos encontramos que el artículo 123 de la LRBRL atribuye menores competencias al Pleno municipal, pasando el bloque más importante de las mismas a la Junta de Gobierno Local (art. 127 h), pero tampoco esta tiene atribución expresa alguna sobre esta materia.

Ahora bien, dicho lo anterior, entendemos que resulta esencial tener en cuenta que la doctrina señala que estos acuerdos contienen elementos que permiten entender que nos encontramos ante una naturaleza jurídica «reglamentaria o nor-

mativa», si bien con varios matices, ya que no despliega efectos *ad extram*, sino que tienen carácter interno. De todas formas, como conclusión, debemos señalar que en este sentido se han manifestado las SSTSJ de Cantabria de 23 de abril de 1995, de la Comunidad Valenciana de 24 de junio de 2004 y del País Vasco de 6 de junio de 2003. Y lo mismo podemos predicar con relación a los convenios colectivos, ya que no existe duda alguna del carácter normativo de los mismos.

Por tanto, entendemos que, al constituir el Pleno municipal el único órgano que tiene encomendada la potestad reglamentaria municipal (art. 22.2 y 123.1 d) LRBRL), a nuestro juicio, parece que lo más razonable y coherente es atribuir esta competencia al citado órgano municipal. Recordemos que la Junta de Gobierno Local, en los municipios de gran población, carece de competencias para la aprobación de disposiciones reglamentarias, únicamente de los «Proyectos» (art. 127.1 a) LRBRL); por ello, en coherencia con lo anteriormente expuesto, entendemos que no es posible atribuir a la misma competencia para adoptar esa clase de acuerdos de aprobación.

En cuanto al alcalde, tampoco tiene conferida expresamente la competencia de aprobar o ratificar dichos acuerdos, al no estar mencionada dicha facultad en los artículos 21.1 y 124 de la LRBRL.

SÉPTIMO. El artículo 42.1 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, determina la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Esta declaración general de la LCSP, queda cerrada de este modo, sin más detalle; aunque posteriormente se señalan determinados recursos y procedimientos especiales para determinados contratos.

La norma general del artículo 42 de la LCSP no determina, según hemos indicado, ningún plazo ni procedimiento para efectuar la liquidación; por lo que habremos de acudir de manera supletoria, en la actualidad, a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y, en concreto, a sus artículos 22 y 25.1 b). Este mismo razonamiento utiliza el Dictamen 420/2008, de 12 de junio de 2008, del Consejo Consultivo de Castilla y León (Ley 1808/2008), que, en relación con un supuesto de plazo para la resolución contractual –tras la lectura del art. 109 RCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre– lo somete al plazo de caducidad de tres meses. O, también, los Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 547/2010, de 28 de septiembre, y 175/2007, en los que se indica que la LPAC establece un plazo máximo de duración para los procedimientos iniciados de oficio, en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en ge-

neral, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, determinando la aplicación del instituto de la caducidad en caso de incumplimiento del mismo.

Por lo tanto, lo que procede es la declaración de caducidad del procedimiento iniciado hace casi cuatro años, y el inicio de un nuevo procedimiento tendente a la liquidación del contrato en los términos del artículo 42 de la LCSP.

También es interesante el apartado tercero de este mismo precepto, al que se puede hacer mención al inicio del expediente (puesto que la entidad local debería haber iniciado hace tiempo también un nuevo procedimiento de adjudicación del servicio o haber decidido en relación con su futuro), que aunque solo se refiere a las declaraciones administrativas de nulidad, podría ser tenido en cuenta para justificar la irregular continuidad del contrato nulo durante este periodo de tiempo, si bien el plazo supera con creces lo que la norma justificaría como urgente. Además, la continuidad de las prestaciones, mientras de manera urgente se da solución al problema generado, es admisible y conforme al derecho comunitario, según STJCE de 8 de abril de 2008 (asunto C-444/06).

En la práctica, la jurisprudencia ha utilizado el recurso a la institución del enriquecimiento sin causa para, a pesar de la declaración la invalidez del contrato, conservar la prestación realizada por el contratista y exigirle a la Administración, al mismo tiempo, el cumplimiento de su obligación; no ya debido al contrato, sino como un medio para evitar el enriquecimiento sin causa que de otro modo se produciría. En este sentido, véase la STS de 21 de marzo de 1991, sin perjuicio de la necesidad de buena fe del contratista (que deberá haber sido mantenida durante el periodo en el que el contrato ha estado prolongado, sin que haya debido realizar inversiones más allá de lo estrictamente necesario, pues conocía la precariedad de la situación del contrato que ejecutaba). Esta buena fe se añade como requisito en la STS 18 de julio de 2003. Así, las prestaciones del particular no pueden deberse a su propia iniciativa, ni deben revelar una voluntad maliciosa del mismo; sino que tendrán su origen en hechos dimanantes de la Administración pública que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración (STS de 18 de junio de 2004). En esta última sentencia, por lo demás, se declara que el restablecimiento del perjuicio económico que tuvo que soportar el contratista a causa del encargo integra los gastos realizados en el proyecto, los gastos e intereses del crédito bancario formalizado para atender los gastos del encargo, el importe de los trabajos realizados en el proyecto y el beneficio industrial calculado con base en el 6 % del proyecto.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 6.
- Ley de Expropiación Forzosa de 1954, art. 53.
- Ley 7/1985 (LBRL), arts. 75, 75 bis, 123 y 127.

- Ley 29/1998 (LJCA), art. 29.
- Ley 47/2003 (Ley General Presupuestaria), art. 154.
- Ley 39/2015 (Ley del Procedimiento Administrativo Común), arts. 25, 28, 47, 93, 123 y 124.
- Ley 9/2017 (Ley de Contratos del Sector Público), arts. 17, 22, 25, 42, 69 y 108.
- Real Decreto 1098/2001 (Reglamento de la Ley de Contratos), arts. 61 y 81.
- Real Decreto legislativo 2/2004 (Texto refundido de Haciendas Locales), arts. 188, 215 y 216.
- Real Decreto legislativo 5/2015 (Estatuto Básico de la Función Pública), art. 38.