



Administración local y funcionamiento de sesiones plenarias de un ayuntamiento. Contratos y uso de bienes demaniales

Julio Galán Cáceres

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

Extracto

En el presente caso se plantean diversas cuestiones en relación con un ayuntamiento de régimen común. Las mismas consisten en lo siguiente: el ayuntamiento carece de ordenanza regulatoria sobre la posibilidad de realizar grabaciones de los plenos, pese a ello, el alcalde ha autorizado aquellas para mayor difusión y publicidad, no estando de acuerdo un grupo municipal con la referida autorización. En segundo lugar, la coordinadora de un partido político ha solicitado la inclusión de una moción en el orden del día de un pleno ordinario, aunque los dos concejales de su grupo político que obtuvieron representación fueron expulsados del partido, pasando a ser concejales no adscritos. En tercer lugar, el ayuntamiento pretende adjudicar directamente a un particular el arrendamiento de una finca patrimonial de su propiedad. A continuación, se plantea la supuesta compatibilidad de un auxiliar, que presta servicio de ayuda a domicilio y que, con posterioridad, es elegida concejal de la corporación. Finalmente, se plantea el problema respecto al uso en una plaza pública de una instalación que hacía 40 años se otorgó directamente, sin previa licitación, a un particular sin fijar la duración y el canon a pagar, cuestionándose sobre las actuaciones que debe llevar a cabo la Administración y si es posible la transmisión de dicha explotación a un hijo del titular de la misma.

Palabras clave: publicidad de sesiones plenarias mediante grabación; moción al pleno; contrato patrimonial de explotación; incompatibilidades; uso de bien demanial sin licitación previa.

Fecha de entrada: 07-01-2019 / Fecha de aceptación: 25-01-2019

Enunciado

En el ayuntamiento de régimen común de XXX se plantean los siguientes supuestos:

Primero. El ayuntamiento carece de ordenanza regulatoria sobre la posibilidad de realizar grabaciones de los plenos municipales.

El alcalde ha dictado un acuerdo autorizando, en todo caso, la grabación de las sesiones plenarias para que tengan mayor difusión y publicidad. Un grupo municipal ha mostrado su disconformidad con que se realicen dichas grabaciones.

Segundo. Se ha recibido en el registro del ayuntamiento la solicitud de la inclusión de una moción en el orden del día de un pleno ordinario proveniente de la coordinadora de un partido político sin representación municipal, así como las propuestas de acuerdo plenario, presentada la misma, basadas en el artículo 231 del Real Decreto 2568/1986, de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Esta formación política en las últimas elecciones celebradas obtuvo la representación de dos concejales en el ayuntamiento, concejales que fueron expulsados como afiliados de dicho partido, pasando a ser concejales no adscritos.

Tercero. El ayuntamiento es titular de un bien rústico de carácter patrimonial, procedente de la desafectación de un camino público, que queda enclavado dentro de una finca privada. Es intención del alcalde arrendarlo por adjudicación directa a un particular, pero posee información de que otro particular, que no linda con dicho terreno, estaría interesado en pujar por la adjudicación.

El alcalde solicita al secretario-interventor que le informe motivadamente sobre cómo se debe proceder en este caso.

Cuarto. Teniendo que contratar este ayuntamiento a las auxiliares que van a prestar el servicio de ayuda a domicilio durante el año 2016, dependiendo el número de trabajadoras contratadas de las horas reconocidas por la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de la comunidad autónoma y el número de usuarios con derecho a dicho servicio, de conformidad con las bases reguladoras de la correspondiente bolsa de trabajo, el ayuntamiento debe proceder a la contratación de cinco trabajadoras; una de las candidatas es en la actualidad concejal del grupo de AAA, la cual tomó ya posesión de su cargo.

Quinto. Hace más de 40 años, omitiéndose el procedimiento entonces establecido en la normativa local que exigía licitación, se autorizó la instalación en la plaza pública de un quiosco de venta de churros. Si no hay plazo de concesión, no hay canon y no hay pliego, ¿cómo debe actuar la Administración?

Cuestiones planteadas:

1. Analice el ajuste a derecho de la decisión del alcalde respecto a los hechos descritos con la denominación de «primero».
2. Analice, respecto a los hechos «segundo», cómo debe actuarse ante la solicitud de la coordinadora del partido político. ¿Qué naturaleza jurídica tiene el escrito presentado?
3. El alcalde solicita al secretario-interventor que le informe motivadamente sobre cómo se debe proceder en el caso tercero. En concreto, analice la naturaleza y régimen jurídico del contrato a realizar, forma de adjudicación, duración máxima del mismo y canon a satisfacer por parte del contratista.
4. El alcalde pregunta al secretario-interventor si existe o no causa de incompatibilidad en el supuesto cuarto. Si es así, ¿qué deberá hacer la concejal?
5. Respecto a los hechos relatados en el supuesto «quinto», si no hay plazo de concesión, no hay canon y no hay pliego, ¿cómo debe actuar la Administración? ¿Sería posible la transmisión de la explotación a un hijo del titular?

Solución

1. Analice el ajuste a derecho de la decisión del alcalde respecto a los hechos descritos con la denominación de «primero»

La cuestión planteada está referida a la posibilidad de establecer restricciones, mediante actos singulares, toda vez que el ayuntamiento carece de disposiciones generales que disciplinen la cuestión, al derecho de dejar constancia por cualquier medio de los sonidos e imágenes de los plenos municipales por parte de los asistentes a los mismos, sean concejales o no.

En un primer análisis aproximativo, se encuentra que dichos límites podrían establecerse sobre la base del carácter reservado que pudieran tener las sesiones plenarias, o sobre la base del derecho a la intimidad personal o familiar y a la propia imagen de los ediles intervinientes en las mismas.

En cuanto a la primera de las cuestiones debe acudir a lo previsto en el artículo 70.1 del Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL, en adelante) según el cual:

Las sesiones del Pleno de las corporaciones locales son públicas. No obstante, podrán ser secretos el debate y votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así se acuerde por mayoría absoluta.

Por tanto, las sesiones plenarias son públicas, con la sola excepción de que tratándose de cuestiones relativas a los derechos regulados en el artículo 18 de la Constitución española (CE), el Pleno acuerde por mayoría absoluta el secreto de la votación y debate de dicha cuestión.

El precepto habla de publicidad de las sesiones; aunque en principio lleva a pensar en que se permite la concurrencia de público a las mismas, nada justifica esa interpretación reduccionista, pues el párrafo segundo menciona la posibilidad de acudir a medios de difusión de la imagen y el sonido, lo que supone hacer referencia a un concepto más amplio de publicidad relacionado con el general conocimiento de los asuntos tratados, intervenciones vertidas, acuerdos adoptados y, en general, acontecimientos acaecidos durante la celebración del pleno. La publicidad, así entendida, se constituye en una garantía democrática al ser presupuesto del control, por parte de los ciudadanos, de las actividades de los órganos de gobierno de las Administraciones públicas. Por ello, la interpretación del término «públicas» contenido en el artículo 70.1 antes transcrito debe realizarse en sentido amplio, especialmente si se pone en conexión con el derecho de participación en los asuntos públicos reconocido en el artículo 23 de la Constitución, pues restringir el carácter público de las sesiones incide directamente en este derecho participativo de garantía constitucional y configuración legal.

En cuanto a la afectación que el realizar grabaciones pudiera tener sobre el derecho a la intimidad o a la propia imagen de los señores concejales, debe considerarse lo previsto en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Esta, después de garantizar en su artículo primero la protección del derecho a la intimidad y a la propia imagen, establece un listado de intromisiones ilegítimas –artículo séptimo–, exceptuando tal ilegitimidad cuando concurra alguna de las circunstancias que la ley recoge en su artículo octavo, según el cual:

Uno: No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o pro-

yección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

- b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.
- c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

En el caso de los plenos municipales, existe un interés público que justifica considerar que no existe intromisión ilegítima; además, en el caso de la captación de imágenes, se refiere a un suceso público. Pero lo definitivo es que se trata de personas que ejercen un cargo público y la captación de la imagen o el sonido se realiza durante un acto público en el que intervienen por razón de su cargo. Por tanto, la grabación de la imagen y el sonido de un concejal en un pleno no constituye intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y la propia imagen.

Debe tenerse en cuenta, además, lo establecido en el artículo 20 de la CE, según el cual:

1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

La posibilidad de que los ciudadanos, en ejercicio de su derecho a la participación en los asuntos públicos, decidan dejar constancia documental de acaecido durante un pleno municipal se ve amparada también por el derecho a la libertad de expresión, y restringir la posibilidad de efectuar grabaciones constituiría una limitación injustificada de este derecho, sometiéndolo a una censura previa.

Este es el sentido de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de junio de 2015, fundamento jurídico cuarto.

2. Analice, respecto a los hechos «segundo», cómo debe actuarse ante la solicitud de la coordinadora del partido político. ¿Qué naturaleza jurídica tiene el escrito presentado?

A) En relación con la procedencia de la inclusión en el orden del día de una sesión plenaria ordinaria de una moción proveniente de la coordinadora de un partido político sin representación municipal, así como las propuestas de acuerdo plenario, presentadas por la misma, basadas en el artículo 231 del Real Decreto 2568/1986, de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, se tiene que aclarar, antes de entrar a contestar la cuestión de fondo, algunas circunstancias que inciden en el fondo de la cuestión planteada.

La primera cuestión que llama la atención, y que es preciso valorar, es el hecho de que la peticionaria de todos los escritos presentados al ayuntamiento es la coordinadora de un partido político en la localidad sin que, cuando se realiza la solicitud, tenga ya concejal alguno; formación política que en las últimas elecciones obtuvo la representación de dos concejales en el ayuntamiento; concejales que fueron expulsados como afiliados de dicho partido, pasando a ser concejales no adscritos, solicitud que hacen de conformidad con el artículo 73.3 de la LRBRL y, por lo tanto, dejándolo sin representación en el ayuntamiento.

El mencionado artículo 73.3 de la LRBRL, en su redacción actual, creó la figura legal de los concejales no adscritos (modificación introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), sobre medidas para la modernización del gobierno local. Son concejales que no pueden integrarse en el otro grupo municipal tras dejar de pertenecer al de la candidatura por la que salieron elegidos, y cuyos derechos económicos y políticos no podrán ser superiores a los que hubiesen correspondido de permanecer en el mismo grupo de procedencia.

Esta modificación legal no afecta a su capacidad de participación política y, por lo tanto, pueden elevar mociones al pleno, al no estar sus actas de concejal asignadas a ningún grupo político, tal y como recoge el Tribunal Constitucional; no se les puede impedir ejercer funciones de control del gobierno municipal, pudiendo presentar mociones y escritos.

Es, pues, evidente que la Constitución protege a los representantes que optan por abandonar un determinado grupo político, y que de dicho abandono no puede en forma alguna derivarse la pérdida del mandato representativo. (SSTC 5/1983, 10/1983, 16/1983, 20/1983 y 5/2009). Es decir, los concejales no adscritos, al estar protegidos por un derecho constitucional, no se encuentran sometidos en su actividad de participación política municipal a ninguna autorización o interposición por parte de ningún grupo político. Sin embargo, las mociones presentadas en el ayuntamiento son solicitadas por la coordinadora de un partido político que, en la actualidad, no tiene representación municipal, al haber desaparecido su grupo municipal.

Pues bien, en el marco de la legislación de régimen local, es decir, de la referida LRBRL y del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL), y 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 (ROF), no se contempla la posibilidad de que los partidos políticos sin representación municipal puedan presentar mociones con el fin de que sean incluidas en el orden del día del pleno municipal.

B) Por otra parte, en relación con la naturaleza jurídica del escrito planteado, conviene delimitar, no obstante, el ámbito legal que tiene el escrito que contenga propuestas de acuerdo al pleno municipal, pues, como repetimos, al ser una formación política sin representación municipal, no puede presentar mociones que obliguen a su inclusión en el orden del día. En este sentido, el escrito presentado por la coordinadora parece que su evidente objetivo es la participación política de las tareas públicas, es decir, como cauce de expresión y defensa de intereses legítimos, cuyo fundamento legal reside en el derecho de petición reconocido en el artículo 29 de la CE, desarrollado por la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición.

Efectivamente, comprobamos que, por su ámbito objetivo, el derecho de petición queda delimitado y referido a cualquier asunto de interés general, colectivo o particular, incorporando sugerencias, iniciativas o información, expresando quejas o súplicas en el ámbito en el que consideramos está subsumido el escrito que presentan al ayuntamiento. El hecho de que adopten la forma de mociones o propuestas de acuerdo únicamente supone un formalismo indebido, sin mayor trascendencia administrativa susceptible de ser subsanado fácilmente, sin que por tanto pueda erigirse en un obstáculo para su consideración como una expresión más del ejercicio del derecho de petición.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el derecho de petición regulado en la Ley Orgánica 4/2001 tiene carácter supletorio respecto a los procedimientos formales específicos de carácter parlamentario, judicial o administrativo. En este sentido, el artículo 3.2 señala que «no son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley».

Además, el derecho de petición podrá ejercerse ante cualquier institución pública, Administración o autoridad respecto de las materias de su competencia, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de esta (art. 2). En definitiva, la Ley Orgánica 4/2001 regula, en su escasa parte articulada, un procedimiento caracterizado por su sencillez y antiformalismo, a cuyo contenido nos remitimos.

Por otra parte, recordamos que el artículo 47.2 del TRRL dispone que el orden del día será formado por el alcalde-presidente, derecho que también reconoce el artículo 82.1 del ROF, siendo además una competencia indelegable.

Por tanto, en las consideraciones efectuadas creemos que queda resuelta la cuestión en el sentido de que siendo el alcalde el competente para fijar y determinar los puntos del orden del día, es de su competencia denegar la inclusión de las propuestas de acuerdo presentadas por la coordinadora del partido político, debiendo tramitarse tal solicitud como ejercicio del derecho de petición al que antes nos hemos referido.

3. El alcalde solicita al secretario-interventor que le informe motivadamente sobre cómo se debe proceder en el caso tercero. En concreto, analice la naturaleza y régimen jurídico del contrato a realizar, forma de adjudicación, duración máxima del mismo y canon a satisfacer por parte del contratista

Sobre si la circunstancia de que un bien rústico de carácter patrimonial, procedente de la desafectación de un camino público, que queda enclavado dentro de una finca privada, analizamos los siguientes extremos.

1. Naturaleza jurídica del contrato

El supuesto que nos ocupa es un arrendamiento de unos bienes municipales calificados como patrimoniales entre el ayuntamiento, propietario de los mismos, y un particular. Por tanto, se trata de un contrato de naturaleza patrimonial y carácter privado –según disponen los artículos 4 y 9 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público– celebrado por una Administración pública que se regirá por la legislación patrimonial.

2. Régimen jurídico

El régimen jurídico del contrato será el regulado por sus normas especiales, tal y como establece el artículo 26 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), su preparación y adjudicación, por normas administrativas, y sus efectos, cumplimiento y extinción, por normas de derecho privado.

La norma especial a que nos remite el artículo 26 de la LCSP, la constituye la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP), ya que, de acuerdo con su artículo 2.2, serán de aplicación, a las entidades que integran la Administración local y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ella, los artículos o partes de los mismos enumerados, como de aplicación general o básica, en su disposición final segunda, que mantiene gran parte de su articulado como básico y por tanto aplicable a todas las Administraciones públicas.

En el presente caso, y por tratarse de un arrendamiento, se le aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de derecho patrimonial de la Administración local, y en segundo lugar, sus disposiciones de desarrollo, constituidas por el Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), en lo que no se oponga a la LPAP y su Reglamento General y, en lo no previsto en estas normas, se aplicará la legislación de contratos de las Administraciones públicas (art. 110.1 LPAP).

Será el orden jurisdiccional civil el competente para resolver las controversias que pudieran surgir, aunque se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y por tanto podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 110.3 de la Ley de Patrimonio, por ser de aplicación general, en virtud de lo dispuesto en la disposición final segunda de esta ley.

En este sentido se pronuncia el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa n.º 25/08, de 29 de enero de 2009, sobre el «Régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local» (Informe JCCA 25/08), que concluye diciendo que:

El régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local como consecuencia de quedar los mismos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, es el que resulta de las normas establecidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y de las normas que la complementan y, en especial, por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, así como, en su caso, por las normas promulgadas en tal materia por las Comunidades Autónomas respecto de las normas no declaradas como básicas, siendo de aplicación las normas sobre preparación y adjudicación de contratos de la Ley 30/2007, cuando las normas patrimoniales así lo expresen.

3. Procedimiento de adjudicación

El procedimiento a seguir, tras la entrada en vigor de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, será el previsto en el artículo 107.1, que tiene carácter de legislación básica, a tenor de lo dispuesto en la disposición final segunda de la citada ley, disponiendo al respecto que:

Los contratos para la explotación de los bienes 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.

Precisamente al ayuntamiento le interesa saber si puede tener encaje en alguno de los supuestos expresados anteriormente de enajenación directa. En concreto, cabe analizar si el hecho cierto de que la parcela que se pretende arrendar se encuentre enclavada dentro de una finca propiedad de quien sería el arrendatario final puede constituir una peculiaridad que justifique la adjudicación directa al mismo, conforme al artículo 107.1, y sobre ello hemos de decir que, aunque en principio pueda pensarse que la situación de enclavado dota a un bien de una peculiaridad o singularidad propia, que podría justificar su arrendamiento directo al propietario colindante, en realidad nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, y, como tal, sujeto a diversas y variadas interpretaciones.

En este supuesto concreto creemos que puede ser de utilidad una aplicación analógica de los criterios interpretativos, que en este caso sí existen respecto a lo establecido en la LPAP, en cuanto a las formas de enajenación de los bienes inmuebles.

El artículo 137 de la LPAP, al referirse a formas de enajenación, establece en su apartado 4 los supuestos en que procede la adjudicación directa, especificando en la letra f) que estamos en presencia de uno de ellos: «Cuando se trate de fincas rústicas que no lleguen a constituir una superficie económicamente explotable o no sean susceptibles de prestar una utilidad acorde con su naturaleza, y la venta se efectúe a un propietario colindante».

Para apreciar si concurren estos supuestos, debe tenerse en consideración, entre otras cuestiones, la normativa reguladora de la superficie mínima de cultivo en terrenos rústicos (distinta según sean terrenos de secano o regadío, si llega a la unidad mínima de cultivo o no, etc.), entre otras.

Ahora bien, si se permite lo más, que es enajenar la finca transmitiendo la propiedad, ¿cómo no se va a permitir el arrendamiento en que tan solo se transmite el uso y disfrute?

4. Duración del contrato

Respecto a la duración del contrato, resulta cierto que solo tiene carácter básico el artículo 106.1 de la LPAP, mientras que los restantes apartados de este artículo, y en concreto el apartado 3.º (referente a la duración del contrato), tienen carácter supletorio, por lo que solo serán aplicables en defecto de normativa al efecto en la legislación de régimen local autonómica y, en su defecto, el RBEL.

De acuerdo con el apartado tercero del artículo 106 de la LPAP, los contratos para la explotación de los bienes o derechos patrimoniales no podrán tener una duración superior a 20 años, incluidas las prórrogas, salvo causas excepcionales debidamente justificadas y, en consecuencia, entendemos que al no disponerse en el RBEL disposición específica relativa a la duración de los contratos, es aplicable el artículo 106.3 de la LPAP, con carácter supletorio, por lo que debe ser respetado.

5. Canon a satisfacer

En cuanto al canon a satisfacer entendemos que no existe ninguna excepción a esta regla, debiendo el usuario satisfacer un canon no inferior al 6 % del valor en venta de los bienes, siendo esta cantidad anual, con independencia de la duración del contrato (art. 92.2 RBEL).

4. El alcalde pregunta al secretario-interventor si existe o no causa de incompatibilidad en el supuesto cuarto. Si es así, ¿qué deberá hacer la concejal?

Se responde a la posible incompatibilidad existente en la contratación de concejal, que ya tomó posesión de su cargo como auxiliar de ayuda a domicilio. Al respecto, destacamos los siguientes aspectos:

1.º La Ley de Bases del Régimen Local, en su artículo 73, remite, respecto a los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad de los corporativos, a lo establecido en la legislación electoral.

A este respecto La Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG) señala las causas de incompatibilidad exigibles a todos los cargos electos mientras se mantengan en el cargo. Específicamente señala en su artículo 178.2 b) que es incompatible con la condición de concejal el desempeño de funciones, entre otras, de directores de servicios, funcionarios o restante personal activo del respectivo ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él. Esto incluye tanto al personal laboral como al funcionario. Añade el apartado 3 que 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.

Por último, el ROF afirma en su artículo 9 que el concejal perderá su condición de tal por incompatibilidad en los supuestos y condiciones establecidos en la legislación electoral; y añade en el artículo 10 que los concejales deberán observar en todo momento las normas de incompatibilidad y deberán poner en conocimiento de la corporación cualquier hecho que pudiera constituir causa de la misma.

Igualmente señala el procedimiento de actuación: Producida una causa de incompatibilidad y declarada la misma por el pleno corporativo, el afectado por la declaración deberá optar, en el plazo de los 10 días siguientes a aquel en que reciba la notificación de su incompatibilidad, entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que dé origen a la referida incompatibilidad. Si no lo hiciera en el plazo, se entenderá que ha renunciado a su puesto de concejal, debiendo declararse por el pleno la vacante correspondiente y poner el hecho en conocimiento de la administración electoral a los efectos previstos en los artículos 182 y 183 de la LOREG.

2.º Pese a que no corresponde a la Junta Electoral Central el enjuiciamiento de las situaciones concretas producidas dentro del ámbito de competencias de las entidades locales, limitándose su función a la interpretación de las disposiciones establecidas en la LOREG o en su normativa de desarrollo, son numerosas las consultas elevadas a la misma sobre la cuestión, manteniendo un criterio uniforme al respecto, citándose a continuación las más recientes:

- Acuerdo de fecha 30 de junio de 2011 en el que se señala que «la Junta Electoral Central tiene reiteradamente acordado que no existe incompatibilidad con la condición de Concejal si el interesado no se incorpora a la plantilla de personal del Ayuntamiento, ni tampoco cuando se trate de obras de corta duración y financiadas con fondos ajenos al Ayuntamiento».
- Acuerdo de fecha 15 de septiembre de 2011 que señala que «es doctrina de la Junta Electoral Central que la incompatibilidad se aplica a las personas contratadas por la Corporación Local si es esta la que abona su retribución. La no incorporación a la plantilla del Ayuntamiento no genera la incompatibilidad siempre que concurra con la condición de que no sea el propio Ayuntamiento el que le abone la retribución. La temporalidad de la contratación no impide el surgimiento de incompatibilidad, siendo lo determinante la incorporación a la plantilla del Ayuntamiento y que sea este quien abone la retribución».

Como puede comprobarse de los acuerdos de la Junta Electoral Central, se desprende que existe una fina línea que separa la compatibilidad de la incompatibilidad, deduciéndolo-

se de los mismos que la compatibilidad del cargo de concejal con el de empleado temporal del ayuntamiento requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Contratación temporal.
2. No incorporación a la plantilla.
3. Obras y servicios de corta duración.
4. Financiación con fondos ajenos al ayuntamiento.
5. La selección del trabajador o trabajadores no haya sido realizada por el ayuntamiento.

Asimismo, conviene recordar también que la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2002 ha declarado que las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en cuanto a excepciones a criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido, en el bien entendido que con el régimen de incompatibilidades se trata de garantizar la objetividad, imparcialidad, eficacia y transparencia en el desempeño del cargo de concejal, preservándole de influencias ajenas al interés público que pudieran contaminar la toma de decisiones.

Por consiguiente, no cabe una interpretación extensiva de las incompatibilidades, cuya interpretación y precisión ha de estar presidida por la indicada finalidad de preservar a la función pública de una influencia desviada del interés público.

En el supuesto que nos ocupa no sabemos si la contratación la realizó el propio ayuntamiento, y tampoco nos indica al respecto de la financiación del servicio, limitándose a decir que el número de trabajadoras contratadas depende de las horas reconocidas por la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales.

Vistos los acuerdos de la Junta Electoral Central al respecto de la incompatibilidad del cargo de concejal con el de empleado temporal del ayuntamiento, así como la interpretación restrictiva de las excepciones al régimen de incompatibilidades declarada por el Tribunal Supremo, que han sido anteriormente referidos, procede señalar que en el presente caso, aun tratándose de una contratación temporal para servicios eventuales de corta duración, no se cumpliría con los requisitos de financiación ajena a la corporación si el ayuntamiento financiara parcialmente y la selección fuera realizada por la propia Administración municipal.

Por todo lo expuesto, consideramos que aunque la selección fuera realizada con arreglo a los criterios determinados por el ayuntamiento antes de la elección como concejal –si fuera el caso–, si es el propio ayuntamiento quien financia parte de las retribuciones, será suficiente para determinar la existencia de causa de incompatibilidad.

No obstante, la competencia para declarar la incompatibilidad corresponde al Pleno.

3.º Existe doctrina que mantiene que la incompatibilidad solo existe desde el momento en que dicho cargo comienza a desempeñar el puesto de trabajo, es decir, desde el momento de la firma del contrato, pues hasta ese momento la persona afectada no adquiere la condición de personal laboral que origina la incompatibilidad con su condición de concejal, debiendo declararse esta circunstancia por el pleno, con base en las circunstancias concurrentes.

Conclusiones

Por todo ello, entendemos que financiando el ayuntamiento las retribuciones, o siendo la selección realizada por la propia Administración municipal, es suficiente para determinar la existencia de causa de incompatibilidad, correspondiendo al pleno de la corporación su declaración.

En caso de ser declarada, debe optar el afectado entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que da origen a la referida incompatibilidad, en el plazo de los 10 días siguientes a aquel en que reciba la notificación de su incompatibilidad.

5. Respecto a los hechos relatados en el supuesto «quinto», si no hay plazo de concesión, no hay canon y no hay pliego, ¿cómo debe actuar la Administración? ¿Sería posible la transmisión de la explotación a un hijo del titular?

Es improcedente iniciar un procedimiento de revisión de oficio del acuerdo de concesión demanial realizado hace 40 años omitiendo los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico y que convierten a dicha autorización en inválida-nula de pleno derecho al amparo del artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 110 señala que «las facultades de revisión establecidas en este Capítulo no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

No se puede olvidar que la autorización fue concedida por el ayuntamiento, que es el responsable de que no se siguiera el procedimiento legalmente establecido y no se fijara tiempo de duración, canon a pagar y se recogieran las condiciones de la autorización en el correspondiente pliego. Si se hiciera la revisión de oficio, podría producirse una reclamación de daños y perjuicios del concesionario al amparo del principio de confianza legítima y de buena fe que la tolerancia administrativa durante tanto tiempo le ha generado.

Por otro lado, es tradicional el pronunciamiento doctrinal de aceptar la transmisibilidad de las concesiones administrativas, pero con preceptiva autorización de la Administración

concedente. Autorización que es intrínseca a la naturaleza de las concesiones demaniales como constitutivas de derechos.

Esta autorización en la transmisión concesional la encontramos actualmente en el artículo 98.1 de LPAP.

Respecto a dicha autorización, se considera implícita en la tolerancia municipal en el mantenimiento de la concesión; ya con el inicial titular, ya con el que se subroga en este por transmisión. Así se ha entendido, por ejemplo, en el Dictamen n.º 361/2012, de 29 de agosto, del Consejo Consultivo de Galicia, al señalar:

Transcurrido tan largo período de tiempo en el que la sociedad resultante de la es-
cisión continuó al frente de la ejecución del contrato (sin perjuicio de que lo que se
dirá más adelante) no es sostenible que la Entidad local no hay prestado su con-
formidad, siquiera tácitamente, a tal situación.

Pero la autorización administrativa no podrá convertirse en una mera toma de cono-
cimiento de la transmisión con los efectos que el ordenamiento jurídico prevé y regula,
por ejemplo, para las licencias urbanísticas; así como tampoco la autorización adminis-
trativa puede constituir excusa para la Administración para revisar las condiciones de la
concesión.

Por tanto, en las concesiones demaniales no realizadas intuitu personae, es decir, en
atención a las condiciones personales del concesionario, la Administración deberá otorgar
dicha autorización de transmisión respetando los requisitos básicos de la concesión, tales
como objeto, plazo o canon, sin posibilidad de resultar condicionado el otorgamiento de la
autorización por el hecho de que existiesen vicios en el acto de otorgamiento.

Ahora bien, en el caso concreto que se nos plantea (donde como hemos dicho la con-
cesión está viciada de origen con irregularidades en su otorgamiento y, además, no consta
ni plazo concesional ni canon en beneficio de la Administración por la utilización privativa
del dominio público, sino solo el destino de la concesión) entendemos que la concesión de
la autorización de la transmisión supondría una grave afección al interés público y general,
representado en este caso por la eficiente gestión y fiscalización de los bienes de dominio
público. La consolidación indefinida de un uso privativo del dominio público, sin limitación
de plazo y sin canon concesional, supondría actuar contra los principios de eficacia en la
actuación administrativa y de sometimiento pleno a la ley y al derecho, consagrados en el
artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Lo anterior constituye una vulneración del principio constitucional consagrado en el ar-
tículo 103 de la CE: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales
y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcen-
tración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».



Por tanto, consideramos que la correcta proporcionalidad entre el interés público y general, por una parte, y el derecho concesional de su titular, por otro, justifican que el ayuntamiento no realice actuación alguna en orden a la revisión o rescate de la concesión respecto de su titular. Sin embargo, cuando aquel manifieste su intención de transmitir inter vivos, o se produzca una transmisión *mortis causa*, la Administración debería negar dicha autorización al objeto de que la concesión se materialice con el nuevo titular, dando debido cumplimiento a los requisitos legales de tal institución: determinación de plazo, canon concesional y cumplimiento del principio de concurrencia.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 18, 20, 23, 29 y 103.
- Ley Orgánica 1/1982 (Protección del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), art. 1.
- Ley Orgánica 5/1985 (LOREG), arts. 178, 182 y 183.
- Ley Orgánica 4/2001 (Derecho de petición), art. 3.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 70 y 73.
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 2, 98, 106, 107, 110 y 137 y disposición final segunda.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 47 y 110.
- Ley 40/2015 (LRJSP), art. 3.
- Ley 9/2017 (LCSP), arts. 4, 9 y 26.
- Real Decreto 2568/1986 (Rgto. Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales), arts. 23 y 82.
- SSTC 5/1983, 10/1983, 16/1983 y 5/2009.
- STS de 24 de junio de 2015.