QDL39

Estudios

Entre el cierre de los actuales ayuntamientos y la constitución de los nuevos

CARMEN ALONSO HIGUERA

Secretaria general del Ayuntamiento de Cornellà de Llobregat

1. Introducción

2. Duración del mandato de los miembros de la corporación

- 2.1. La expiración del mandato de los miembros de la corporación
- 2.2. Administración transitoria en funciones
 - 2.2.1. La *prorrogatio* en la esfera central, autonómica y supramunicipal
 - 2.2.2. La interpretación del concepto “administración ordinaria”
- 2.3. Cese automático del personal eventual
 - 2.3.1. Características esenciales de las funciones del personal eventual
 - 2.3.2. Presupuestos legales necesarios para su existencia
 - 2.3.3. Efectividad de su cese
- 2.4. Operaciones de liquidación de la corporación

3. Constitución de los ayuntamientos

- 3.1. Actividades preliminares
 - 3.1.1. Formulación de las declaraciones de bienes y actividades por los concejales y concejales electos
 - 3.1.2. Preparación de la documentación necesaria para efectuar el arqueo extraordinario y la comprobación del inventario de bienes
 - 3.1.3. Convocatoria de la sesión constitutiva
 - 3.1.4. Aportación de credenciales al ayuntamiento
- 3.2. Sesión constitutiva
 - 3.2.1. Constitución de la Mesa de edad

Artículo recibido el 13/07/2015; aceptado el 06/09/2015.

- 3.2.2. Comprobación de credenciales
- 3.2.3. Juramento o promesa de acatamiento a la Constitución
- 3.3. Elección del alcalde o alcaldesa
 - 3.3.1. Antecedentes históricos
 - 3.3.2. Regulación vigente

Resumen

La periódica convocatoria de elecciones locales obliga a replantearse, cada cuatro años, diversas cuestiones relacionadas con la actividad pública que se deriva de la renovación de las corporaciones que estos procesos comportan.

Dentro de esta actividad, cobran especial significado cuestiones como las relacionadas con la finalización del mandato de los miembros electos y sus efectos y consecuencias legales, con las operaciones de liquidación de la corporación saliente, y con el procedimiento para la constitución de la nueva corporación y la elección de su alcalde, que no han estado exentas de determinados problemas interpretativos que la ley, de forma expresa, nunca ha resuelto de manera definitiva.

Efectivamente, con la finalización del mandato corporativo se han planteado siempre importantes interrogantes sobre el alcance de sus efectos en relación con el concepto de “administración transitoria en funciones” que la ley encomienda a los electos salientes, así como también respecto del cese automático del personal eventual y de su actual régimen jurídico, de la misma manera que la preparación del proceso constitutivo nos plantea determinadas cuestiones, relacionadas con las actividades necesarias de carácter preliminar a la propia sesión constitutiva y con el proceso de toma de posesión y de posterior elección del nuevo alcalde, que constituyen el objeto de este trabajo.

Palabras clave: *mandato; administración en funciones o prorrogatio; personal eventual; administración ordinaria; liquidación de la corporación; miembros electos; declaración sobre causas de posible incompatibilidad y actividades; declaración de bienes patrimoniales y de participación en sociedades; credenciales electorales; constitución de la corporación; mesa de edad; juramento o promesa del cargo; elección del alcalde.*

Between the closure of the current city councils and the constitution of the new ones

Abstract

The periodical calling for local elections leads to the rethinking, every four years, of several questions related to the public activity that derives from the renewal of the local entities.

Inter alia, it is relevant the end of the term of the elected officers (its effects and consequences); the liquidation of the outgoing administration; or the process of constitution of the new administration and the election of the new major which have shown some issues that remain unresolved by the legal framework.

Indeed, in relation to the ending of the term of office, relevant questions remain unsolved like the scope and powers of the “interim government” and the automatic dismissal of the temporary staff and their current legal framework. Moreover, in relation to the constitution process of the new corporation, there are relevant issues unresolved such as the preliminary activities of the constituent meeting or the assumption of the office and the election of the new major.

Keywords: term of office; interim government; temporary staff; ordinary administration; liquidation of the corporation; elected officers; declaration of incompatibilities and activities; declaration of goods; electoral credentials; constitution of the corporation; interim bureau; the oath of office; election of the major.

1

Introducción

La periódica renovación de las corporaciones locales como consecuencia del correspondiente proceso electoral, produce una serie de importantes consecuencias relacionadas con los efectos directos e indirectos que se derivan de la finalización del mandato de sus miembros, y exige la preparación del consiguiente proceso de constitución del nuevo ayuntamiento y de elección de su alcalde.

Una y otra circunstancia no han estado exentas de determinados problemas interpretativos que la Ley, de forma expresa, nunca ha resuelto de manera definitiva, por lo que ha tenido que ser de la jurisprudencia e, incluso, de la costumbre, de las fuentes que nos hemos tenido que valer hasta ahora para resolverlos.

Efectivamente, con la finalización del mandato corporativo se han planteado siempre importantes interrogantes sobre el alcance de sus efectos en relación con el concepto de “administración transitoria en funciones”, que la ley encomienda a los electos salientes, así como también respecto del cese automático del personal eventual, de la misma manera que la preparación del proceso constitutivo nos plantea determinadas cuestiones, relacionadas con las actividades necesarias de carácter preliminar a la propia sesión constitutiva y con el proceso de toma de posesión y de posterior elección del nuevo alcalde, que vamos a intentar examinar seguidamente.

2

Duración del mandato de los miembros de la corporación

2.1

La expiración del mandato de los miembros de la corporación

A diferencia de lo que sucedía durante la vigencia de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de Elecciones Locales, en la que se establecía que el mandato corporativo duraba cuatro años desde la fecha de constitución de la corporación, generando con ello serios problemas en aquellos municipios en que se hubiesen de celebrar elecciones parciales, con la legislación electoral postconstitucional se hacen coincidir todos los mandatos de todas las entidades locales.

Efectivamente, tanto la LRBRL, en sus artículos 19.2 y 73.1, como el artículo 6 del ROF¹, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, se remiten, en cuanto a la duración del mandato de los miembros de los ayuntamientos, a lo que a este respecto prevea la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, que, en la redacción actualmente vigente, y en concreto en sus artículos 42.3 y 194, establece que el mandato de los miembros de los ayuntamientos es de 4 años, contados a partir de la fecha de su elec-

1. En el mismo sentido, en Cataluña, el artículo 162.2 del TRLMC.

ción, pero con la precisión de que estos mandatos acaban, en todo caso, el día anterior al de la celebración de las elecciones siguientes.

Pero esta previsión no siempre ha sido idéntica, ya que con anterioridad a la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General operada mediante la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo, el plazo del mandato corporativo, a pesar de que era aparentemente igual, es decir, de cuatro años contados a partir de la elección, no contenía la previsión de que acabaría, en todo caso, el día anterior al de la celebración de las elecciones, lo que, en caso de elecciones anticipadas, suponía un importante problema, al encontrarse los mandatos vigentes.

La expiración del mandato produce una serie de importantes consecuencias que podemos concretar del siguiente modo:

- La necesidad de establecer una fórmula de gobierno transitorio hasta la toma de posesión de la nueva corporación local, a fin de evitar vacíos de poder.
- El cese automático del personal eventual regulado, a nivel estatal, por el artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, y, a nivel local, por el artículo 104 de la LRBRL y correlativos de la legislación autonómica, al ser unos cargos de carácter temporal que van indisolublemente unidos, en cuanto a su duración, a la del mandato de la autoridad que los nombra.
- La necesidad de adoptar una serie de medidas organizativas tendentes a liquidar asuntos formales pendientes de la corporación saliente y a preparar la entrada de la nueva corporación.

2.2

Administración transitoria en funciones

El artículo 194.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, después de regular la duración del mandato de los miembros de los ayuntamientos y su forma de cómputo, establece que, finalizado este, continúan sus funciones, única y exclusivamente, para la administración ordinaria del ayuntamiento, hasta la toma de posesión de sus sucesores, no pudiendo adoptar, en ningún caso, acuerdos para los que sea necesaria una mayoría cualificada.

De esta manera, la Ley contiene una previsión excepcional, que tiene como único objeto el evitar un vacío temporal de poder en los municipios que pueda tener efectos perniciosos, tanto para la propia Administración municipal como para los ciudadanos en sus relaciones habituales con su ayuntamiento, pues resulta evidente que, desde que finaliza el mandato de la corpo-

ración saliente hasta que se constituye la nueva corporación resultante del proceso electoral, se sigue produciendo la necesidad de que los asuntos públicos cotidianos tengan que ser administrados.

2.2.1

La prorrogatio en la esfera central, autonómica y supramunicipal

Esta solución no se contempla, en cambio, respecto del régimen provincial, en la medida en que ni la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local ni la Ley Orgánica del Régimen Electoral General establecen ninguna previsión al respecto, por lo que la única norma que directamente regula este aspecto es el artículo 59.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/86, de 28 de noviembre, cuyo rango y aplicabilidad son mucho más restringidos.

Desde el punto de vista de las otras entidades locales instituidas por las comunidades autónomas y por lo que se refiere a la Administración local catalana, este precepto tiene su correlativo en el artículo 24 del Decreto Legislativo 4/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Organización Comarcal de Cataluña, que, en su número 1 y respecto de los miembros de los consejos comarcales, después de hacer coincidir su mandato con el de los concejales, se manifiesta en idénticos términos. Similar solución se perfila, respecto del Área Metropolitana de Barcelona, en el artículo 6.7 de la Ley 31/2010, de 3 de agosto, que establece que la duración del mandato del Consejo Metropolitano y de los miembros que lo componen es la misma que la de los ayuntamientos, de lo que se infiere que entrarán en régimen de prórroga de funciones en idéntica fecha y con el mismo alcance.

No sucede lo mismo con las veguerías, cuya Ley reguladora² se limita a concretar el régimen jurídico aplicable a su constitución y a la elección y destitución de su presidente o presidenta, sin pronunciarse sobre la duración del mandato de los miembros del Consejo de Veguería, ni sobre la prórroga de funciones.

La solución es diferente en los niveles estatal y autonómico, en los que el período transitorio de cambio de representantes políticos tiene un tratamiento diferente según se trate del cese de los miembros del ejecutivo o del cese de los miembros del legislativo.

2. Ley 30/2010, de 3 de agosto.

Efectivamente, el artículo 101 de la Constitución, después de establecer el momento del cese del Gobierno en su número 1, contiene la previsión en su número 2 de que continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, precepto análogo, aunque con una solución algo diferente a la del artículo 18 de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno, que tras determinar que el Gobierno cesa cuando cese su presidente, establece que, no obstante, queda en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, con la finalidad de facilitar el desarrollo normal del proceso de formación de este nuevo Gobierno y del traspaso de poderes, ajustando para ello su actuación a lo establecido en el artículo 27, que regula las atribuciones del Gobierno en funciones.

Según este último artículo, el Gobierno en funciones debe limitar su actuación al despacho ordinario de los asuntos públicos, dentro de los cuales incluye, de forma expresa, la potestad reglamentaria, pero con la salvedad de que, salvo que lo justifiquen razones de urgencia o de interés general debidamente acreditadas, debe abstenerse de adoptar cualesquiera otras medidas y, específicamente, de aprobar el proyecto de ley de presupuestos de la Generalidad, de presentar proyectos de ley al Parlamento y de dictar decretos legislativos, aunque sí puede dictar decretos leyes, conforme al procedimiento y en los supuestos que se determinan en el Estatuto y en las leyes.

Por el contrario, y por lo que se refiere a las Cortes Generales, el artículo 78.2 de la Constitución prevé la existencia en cada una de las Cámaras de una Diputación Permanente con representación proporcional de los diferentes grupos parlamentarios, que cuando haya expirado el mandato de los miembros de las Cámaras tendrá, entre otras, la función de asumir las facultades de estas que se encuentran previstas en los artículos 86 y 116 de la Constitución, en los que se regulan, por un lado, los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad que habilitan al Gobierno para dictar disposiciones legislativas provisionales, bajo la forma de decretos leyes, y, por otro, el procedimiento de declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio.

De la misma manera, y por lo que al ámbito autonómico se refiere, si tomamos como ejemplo el modelo catalán, vemos que el artículo 59 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, prevé la existencia, respecto del Parlamento, de una Diputación Permanente presidida por su presidente o presidenta e integrada por el número de diputados que el Reglamento del Parlamento determine, en proporción a la representación de cada grupo parlamentario, con la misión de velar por los poderes del Parlamento cuando este no está reunido en los períodos entre sesiones, cuando ha finalizado el mandato parlamentario y cuando ha sido disuelto, y con la previsión expresa de que, en caso de finalización de la legislatura o

disolución del Parlamento, el mandato de los diputados que integran la Diputación Permanente se prorroga hasta la constitución del nuevo Parlamento.

A estos efectos, el artículo 66 del Reglamento del Parlamento catalán, aprobado en pleno el día 22 de diciembre de 2005 y vigente desde el día 1 de enero de 2006, establece que una vez expirado el mandato parlamentario, mientras no se constituya el nuevo Parlamento, la Diputación Permanente tiene únicamente las siguientes competencias:

- a) Entender de todo lo que se refiere a la inviolabilidad parlamentaria.
- b) Conocer la delegación temporal de las funciones ejecutivas del presidente o presidenta de la Generalidad en uno de los miembros del Gobierno.
- c) Acordar la comparecencia del Gobierno para informar sobre las actuaciones de este en relación con hechos de importancia especial sucedidos después de la disolución del Parlamento.
- d) Ejercer el control de los decretos leyes y de la legislación delegada.
- e) Autorizar, a petición del Gobierno, por mayoría absoluta de sus miembros, suplementos de crédito o créditos extraordinarios, por razón de urgencia y de necesidad justificada, si lo exige la conservación del orden, una calamidad pública o una necesidad financiera urgente de otra naturaleza.
- f) Ejercer las facultades parlamentarias en materia de constitucionalidad y conflictos de competencia.
- g) Tramitar las propuestas de resolución presentadas en relación con hechos de importancia especial sucedidos después de la disolución del Parlamento, o una vez expirado el mandato parlamentario.

En el caso de las Cortes Generales, las diputaciones permanentes tendrán que dar cuenta a las nuevas Cámaras de los acuerdos adoptados en el citado período, al igual que sucede en el caso del Parlamento catalán, donde la Diputación Permanente, una vez constituido el Parlamento de la nueva legislatura y en la primera sesión plenaria posterior al debate de investidura, da cuenta al Pleno del Parlamento de las decisiones adoptadas y de los asuntos tratados en el período entre legislaturas.

Vemos pues que, a nivel estatal y autonómico, el tratamiento de la problemática producida como consecuencia de la expiración de los mandatos políticos es diferente en el ejecutivo que en el legislativo, pues mientras en el primero se utiliza la fórmula de la prórroga de funciones para evitar los vacíos de poder, en el segundo se prevé la existencia de un órgano permanente que cubra el citado espacio.

2.2.2

La interpretación del concepto “administración ordinaria”

Señalado el sistema general y centrándonos ya exclusivamente en el mandato de los miembros de los ayuntamientos, el problema más grave que se viene planteando es el del alcance o significado que haya de tener la expresión “administración ordinaria”, para definir el contenido concreto de las funciones de los miembros corporativos durante este corto período, que va desde el día anterior a la celebración de las elecciones, hasta la toma de posesión de las nuevas corporaciones locales surgidas como consecuencia del proceso electoral.

En el sistema anterior a la ya derogada Ley de Elecciones Locales de 1978 este problema no se suscitaba, en la medida en que, desde la Constitución de Cádiz de 1812, era tradicional en nuestro derecho la renovación por mitades de las corporaciones locales, fórmula con la que se evitaba que hubiera períodos de auténtica vacante.

Efectivamente, y circunscribiéndonos al siglo pasado, tanto el Estatuto Municipal de 1924 como la Ley Municipal de 1935, la de Régimen Local de 1955 y el Estatuto de Bases del Régimen Local de 1975, regulaban la renovación por mitades de las corporaciones locales, aunque otorgando cada uno de ellos una duración diferente al mandato de los representantes municipales, a diferencia de lo que sucedía durante el mismo período en la mayoría de países europeos, que, como Luxemburgo desde la Ley Electoral de 1924, o Bélgica desde la Ley de Elecciones Municipales de 1932, ya utilizaban las fórmulas actuales de prórroga del mandato.

En España no fue hasta la Ley de Elecciones Locales de 1978 cuando a este tema se le dió un giro radical, rompiéndose con la técnica de las renovaciones parciales, con lo que parte de la doctrina de la época entendió que se rompía con una fórmula que garantizaba la auténtica continuidad de la Administración municipal y una mayor eficacia en la prestación de los servicios, y abogaba por la necesidad de regular la constitución de una Comisión gestora que se encargara de la gestión de los intereses locales durante el período electoral.

No fue así, y frente a estas tesis, prevalecieron las que consideraban que el sistema de renovación parcial era poco apto para traducir, en el seno de los órganos municipales, la correlación real de las fuerzas sociales y políticas de una comunidad, propiciando el continuismo y dificultando con ello el principio democrático de alternancia, lo que era especialmente significativo y manifiesto en aquellos momentos históricos, en la medida en que, cuando se promulga la Ley de Elecciones Locales de 1978, se mantenían en las corporaciones locales los miembros procedentes del régimen anterior.

Prescindiendo de la discusión doctrinal anterior, y centrándonos en el problema del alcance de las funciones de las corporaciones locales durante el período de prórroga legal del mandato, lo primero que se constata es que la expresión “administración ordinaria”, tal y como señaló en su momento el Tribunal Supremo³, es un concepto jurídico indeterminado que no ha sido prácticamente objeto de debate judicial, motivo por el que carecemos tanto de una jurisprudencia suficiente al respecto, que pueda iluminarnos sobre su contenido y alcance, como de una doctrina sólida, ya que esta prácticamente no se ha pronunciado en relación con esta cuestión.

No obstante lo anterior, resulta evidente que el citado precepto no solo impide a las corporaciones en funciones la adopción de acuerdos que requieran un quórum cualificado, concretamente alguno de los previstos por el artículo 47 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local o en cualquier otra norma con rango de ley, sino también el ejercicio de aquellas otras competencias que excedan de la pura administración ordinaria.

Pero a pesar de que, como entendió en su momento CAZORLA PRIETO, la Ley comprometió un criterio lo más explícito posible al prohibir la adopción de acuerdos que requirieran una mayoría cualificada, de la misma manera que sucede a nivel constitucional con la prórroga del mandato del Gobierno, en cambio no aventuró una definición de lo que teníamos que entender por administración ordinaria y por extraordinaria, por lo que se tendrá que analizar caso por caso.

Ello no puede llevarnos a identificar los asuntos de administración ordinaria con todos aquellos que no requieren un quórum reforzado, como nos indican los propios tribunales⁴ en una sentencia dictada como consecuencia de un recurso de apelación interpuesto contra otra sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con la impugnación de la aprobación de una ordenanza municipal reguladora de los establecimientos de pública concurrencia del Ayuntamiento de Barcelona.

En este sentido, en su fundamento jurídico tercero la sentencia se manifiesta en los siguientes términos: “Independientemente de que para la apro-

3. La STS de 19 de noviembre de 1991 (Ar. 8894) es de las pocas que han tratado este concepto, y aunque no entra a tratar el fondo de la cuestión ni, por tanto, a definir el auténtico significado de este concepto jurídico indeterminado, sí llega a la conclusión de que un acuerdo plenario adoptado durante este período, relativo a cuestiones que no requieren quórum cualificado, nunca implicaría la producción de un acto nulo de pleno derecho, sino únicamente de un acto meramente anulable, pues la posible incompetencia del órgano en funciones no es manifiesta, al no ser evidente y depender de la interpretación que, a tal efecto, se realice del concepto jurídico indeterminado “administración ordinaria”.

4. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1993 (Ar. 3815).

bación de la Ordenanza de que se trata, no era necesaria ninguna mayoría cualificada del Consistorio [...], el propio art. 194.2 de la Ley 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, tampoco permite a los miembros de las corporaciones cesantes adoptar acuerdos ajenos a la Administración ordinaria, como indudablemente lo sería la aprobación de una Ordenanza como la debatida, por lo que no habría ciertamente procedido conforme a derecho la Corporación Municipal [...].”

Por tanto, queda claro que, para la jurisprudencia, “administración ordinaria” es un concepto jurídico indeterminado que implica algo más que los asuntos que no requieran quórum cualificado, el problema es precisar su alcance.

Para esta labor no nos sirve la construcción doctrinal civilista desarrollada en torno a los contratos de mandato y representación, ni la doctrina mercantilista elaborada en torno al contrato de comisión, pues nos encontramos ante situaciones con connotaciones diferentes, y en este aspecto sí que se han pronunciado tanto la doctrina como la jurisprudencia⁵, al señalar que la representación política tiene unas notas diferenciadoras de todas las figuras jurídico-privadas que contienen una representación, ya que la representación política no implica, en ningún caso, un mandato representativo de los electores, ni existe, en consecuencia, un deber de obediencia o disciplina de voto que vincule al electo para cargos representativos, ni a sus electores, ni a los partidos o formaciones políticas que patrocinaron su candidatura. En este sentido, recuérdese la jurisprudencia constitucional surgida alrededor de la vinculación que la Ley Electoral de 1978 establecía entre la pertenencia al partido político por el cual se presentó el candidato y la subsistencia del mandato representativo⁶, y la suerte que corrió la demanda interpuesta hace años contra un presidente del Gobierno por incumplimiento de promesa respecto al programa electoral.

En consecuencia, no nos sirve el alcance del concepto “administración” construido en el campo civil en torno al mandato, según el cual el mandatario está autorizado para realizar actos de mera administración, pero no para realizar actos de disposición, y en el que se ha llegado a definir la facultad de

5. PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, en *Comentarios a las leyes políticas*, Tomo VI, EDERSA, Madrid, 1999, y la STC 76/1983, de 5 de agosto.

6. Entre otras, la STC 10/1983, de 21 de febrero, dictada en relación con un recurso de amparo, considera que el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos implica el derecho a permanecer en ellos, permanencia que, en el caso de los concejales, no puede depender de una voluntad ajena a la de los electores, por lo que considera inconstitucional la interpretación que de la anterior Ley de Elecciones Locales 39/1978 se hacía en este sentido.

administrar como aquel conjunto de actos que integran la ordinaria gestión y actuación de las actividades del mandante, siempre que no comporten alteración, gravamen, modificación, transferencia o extinción de una relación jurídica perteneciente a este.

Tampoco nos sirve para entender el alcance concreto del concepto el sistema electoral estatal, ya que la Constitución no aventura una fórmula que defina el ámbito de actuación del Gobierno en funciones, aunque sin duda nos ayuda a acercarnos al concepto el hecho de que la doctrina, unánimemente, haya entendido y se haya decantado por una concepción limitativa de las atribuciones, tanto del Gobierno en funciones como de las diputaciones permanentes, entendiendo que estas últimas no se subrogan en caso de expiración del mandato en todas las competencias de las Cámaras, sino únicamente en las relativas a asuntos de urgencia –decretos leyes y estados de excepción, alarma o sitio–, y que el Gobierno, durante el período de prórroga, no ha de adoptar decisiones importantes que puedan comprometer la política general del Gabinete siguiente.

Se ha entendido, pues, que el Gobierno en funciones es un término medio entre la ausencia de todo gobierno y un gobierno en plenitud de sus atribuciones, cuyas competencias se irán definiendo a través de la costumbre constitucional y del derecho comparado.

En consecuencia, podemos afirmar que las notas características que delimitan la competencia de un Gobierno en funciones son dos:

- La necesidad de gestionar los asuntos corrientes o de ordinaria administración.
- La necesidad de gestionar los asuntos de carácter urgente o de emergencia.

En el mismo sentido, si acudimos al derecho comparado, podremos observar que, con carácter general, el Gobierno en funciones puede adoptar las decisiones que le correspondan como órgano administrativo, que sean necesarias para la marcha normal de la Administración, pero ha de abstenerse de adoptar iniciativas que impliquen la elección de un modelo que pueda comprometer seriamente la actuación política del Gobierno sucesor, salvo que se trate de situaciones de urgencia o de gravedad, pues en este supuesto la situación de *prorrogatio* permite también al Gobierno adoptar acuerdos que trasciendan del puro marco administrativo y se enmarquen en el político.

A estas primeras conclusiones podemos añadir las que se derivan de otras pautas interpretativas como la que nos ofrece el artículo 3 del Código Civil, cuando establece que las normas se han de interpretar según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históri-

cos y legislativos y la realidad social del tiempo en que se han de aplicar, de acuerdo fundamentalmente con su espíritu y finalidad.

Pues bien, a la vista de este precepto y desde el punto de vista de la interpretación gramatical, podemos fácilmente llegar a la conclusión de que la expresión “administración ordinaria” es evidente que no engloba todos aquellos actos que por su importancia, finalidad o excepcionalidad, no pueden considerarse acontecimientos normales y habituales de una corporación, ya que el diccionario de la Real Academia de la lengua identifica el término “ordinario” con lo que es regular, habitual y cotidiano, y el término “extraordinario”, con lo que está fuera de lo corriente.

Pero también resulta evidente, desde el punto de vista de la finalidad de la norma, que esta previsión legal tiene por objeto evitar los vacíos de poder que se puedan producir, por lo que hemos de entender que el Gobierno en funciones no está solo para administrar lo que es cotidiano, corriente y habitual, sino, en algunos casos, también lo que es excepcional.

Por ello, si partimos de la conjunción de los dos elementos interpretativos antes expuestos, podemos concluir diciendo que una corporación en funciones está facultada, fundamentalmente, para administrar los asuntos cotidianos, aquellos asuntos corrientes y habituales necesarios para que la actividad de la ciudad necesitada de algún nivel de intervención administrativa no se paralice, pero también las situaciones de excepción, como pueden ser, por ejemplo, la adopción de medidas en caso de catástrofes, las contrataciones de obras de emergencia para paliar daños y evitar otros mayores, el ejercicio de acciones judiciales con plazos perentorios, etc.

De todos modos no podemos olvidar que nos encontramos ante una problemática de soluciones casuísticas, en la que las circunstancias concurrentes pueden tener un gran significado. Por ello, tendremos que analizar caso por caso para, a la vista de las circunstancias concretas en que se produzca la necesidad de que una corporación en funciones adopte determinados acuerdos y decisiones, determinar si existe suficiente habilitación legal.

En este sentido, si tuviéramos que aventurar una lista, a la vista de las competencias del Pleno recogidas en el artículo 22 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, se podría llegar a la conclusión de que, prácticamente, todas las competencias plenarias que no requieren quórum especial, exceden de la administración ordinaria, como por ejemplo ocurre con las materias siguientes:

- Aprobación de ordenanzas y reglamentos.
- Creación de órganos desconcentrados.
- Adopción o modificación de la bandera, enseña o escudo de la corporación.

- Establecimiento de precios públicos.
- Establecimiento de nuevos servicios o modificación de la forma de gestión de los existentes.
- Actos nucleares en materia de personal (aprobación de la plantilla, de la oferta pública de empleo, de la relación de puestos de trabajo; determinación del sistema de selección del personal y aprobación de las bases; nombramiento de personal eventual, etc.).
- Enajenación de bienes patrimoniales.

En cambio, las otras competencias plenas incluidas en el precepto indicado, como por ejemplo las modificaciones presupuestarias tendentes a afrontar emergencias o el ejercicio de acciones administrativas y judiciales con términos preclusivos, sin perjuicio de considerar que se trata de actividades extraordinarias, podrían, en función de las razones a que obedezcan, considerarse incluidas dentro de la *prorrogatio*, toda vez que podrían estar provocadas por la necesidad de defender los intereses municipales.

En consecuencia con todo lo anterior podemos concluir diciendo que, siguiendo los dictados del derecho comparado y la técnica interpretativa del artículo 3 del Código Civil, las corporaciones municipales en funciones están facultadas para administrar no solo lo que es cotidiano y habitual del quehacer municipal, sino también aquello que es excepcional pero requiere de una actuación urgente, entendiéndose que todas las otras actividades que excedan de este criterio, es decir, que no obedezcan a una mera administración cotidiana o a la adopción de medidas de emergencia, y que, por tanto, puedan comprometer el futuro, sin existir una necesidad urgente, son inaceptables, especialmente si tenemos en cuenta que las corporaciones entrantes no disponen de las mismas técnicas que las Cámaras legislativas para revisar la actuación provisional de las diputaciones permanentes, y únicamente pueden utilizar las técnicas de revisión de oficio de los actos dictados por las corporaciones locales en funciones, que entrañan mucha mayor dificultad, ya que para ello es necesario que los actos estén viciados de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad, no siendo suficiente una razón de oportunidad, y, para la revocación, es presupuesto indispensable que se trate de actos de gravamen o desfavorables⁷.

Lo que sí es seguro, en cambio, es que durante este período se mantiene el régimen de delegaciones interorgánicas que estuviera establecido con anterioridad, sin perjuicio, evidentemente, de la potestad que en todo momento tiene el órgano titular de las mismas de revocarlas o modificarlas.

7. Artículo 105.1 de la LRJPAC, en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

2.3 Cese automático del personal eventual

El artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, prevé la existencia, en los tres niveles de Administración, del denominado personal eventual, cuyo objeto es la realización de funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial, y, en consecuencia, de carácter no permanente.

Se trata de una tipología de personal cuyas características le diferencian de forma radical de los restantes tipos regulados por el EBEP, en particular por lo que se refiere a la libertad para su nombramiento y cese, en nuestro caso, por el presidente de la corporación. También, debido a la necesidad de que con ocasión del cese de la autoridad a la que prestan sus funciones de confianza y asesoramiento, se produzca automáticamente el cese de este personal eventual. Por último porque, en ningún supuesto, las funciones desarrolladas en este régimen pueden constituir un mérito para el acceso a la función pública o para la promoción interna⁸.

Esta previsión legal tiene su correlativo en la esfera local, a nivel de legislación básica, en el artículo 104 de la LRBRL y en el artículo 176 del TRRL⁹.

2.3.1 Características esenciales de las funciones del personal eventual

La primera característica que se desprende de la dicción literal del EBEP, es que son dos los límites a tener en cuenta respecto de las funciones que se pueden encomendar a este tipo de personal, al estar circunscritas estas atribuciones a funciones de confianza o asesoramiento especial y a funciones que satisfagan necesidades de carácter no permanente.

a) Funciones de confianza o asesoramiento especial que satisfagan necesidades no permanentes

Respecto de la primera de estas limitaciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰, después de apuntar el carácter excepcional de este tipo de personal, ha circunscrito el ámbito material de sus funciones al de las estrictas de confianza y asesoramiento especial, a modo de órgano *staff*, por lo que

8. STS de 22 de octubre de 2014 (Ar. 6324).

9. Existe también legislación autonómica al respecto. A título de ejemplo, en Cataluña, los artículos 304 y 305 del TRLMC y los artículos 9 a 15 del Reglamento de Personal de las Entidades Locales, aprobado por el Decreto 214/1990, de 30 de julio.

10. Sentencia de 25 de abril de 2008 (Ar. 2622).

ha entendido que le están vedadas las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración Pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa, que, por su directa conexión con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa, entiende que deben ser asignadas al personal público seleccionado bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Ni tan siquiera pueden formar parte de los órganos de selección de personal, por expresa prohibición contenida en el artículo 60.2 del EBEP, ni tampoco, en opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa manifestada en su Informe número 49/2008, de 29 de enero de 2009, formar parte de las Mesas de Contratación, aunque sí asesorarlas, mediante la emisión de los informes técnicos que estas consideren oportunos.

En similares términos se había pronunciado anteriormente el Tribunal Supremo¹¹ bastantes años antes, cuando en otra de sus sentencias señaló que el nombramiento de personal eventual tenía que ser restrictivo, al implicar una disminución de los puestos funcionariales, y que, además, tenía que limitarse a desempeñar, únicamente, tareas de carácter no permanente.

Ciertamente, los tribunales¹² han considerado improcedente el nombramiento de personal eventual para la realización de funciones de carácter permanente, o cuya naturaleza entrara en oposición con las funciones de confianza o asesoramiento especial que les caracterizan, hasta el punto de considerar inadecuado el nombramiento de personal eventual para puestos de trabajo tan característicos del ámbito local como el de encargado de obras de un ayuntamiento.

Y es que es tan determinante para la jurisprudencia su auténtica naturaleza, que, cuando es designada una persona como personal eventual para ejercer funciones de confianza, no enerva dicha naturaleza el hecho de que erróneamente se haya formalizado un contrato laboral¹³, aun a pesar de que la jurisdicción laboral es claramente incompetente para conocer de estas relaciones¹⁴. Tampoco han dudado los tribunales¹⁵ en reconocer la existencia de

11. Sentencias de 12 de diciembre de 1997 y 2 de septiembre de 2004 (Ar. 9587 y 5606).

12. Sentencias de los tribunales superiores de justicia de Castilla y León de 3 de marzo de 2000 (Ar. 421), de Extremadura de 2 de marzo de 1999 (Ar. 677) y de Cataluña de 3 de julio de 2009 (Ar. 781).

13. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 31 de julio de 1996 (Ar. 2740).

14. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 15 de marzo de 1996 (Ar. 276).

15. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 25 de febrero de 1996 (Ar. 164).

una relación laboral cuando las funciones del personal eventual nombrado no se atenían a los imperativos legales, como era el caso de un conductor contratado.

En idéntico sentido se viene manifestando la doctrina de los tribunales del orden social¹⁶, que también ha venido interpretando que, para aplicar el régimen jurídico de los funcionarios y no el del personal laboral, ha de darse una verdadera relación de personal eventual en los términos que el propio precepto del EBEP establece, y este no atiende simplemente a la formalidad del nombramiento, sino, de modo expreso, a las funciones atribuidas, expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial.

Es aquí donde cobra particular relieve la necesidad de que los tribunales a los que se somete la impugnación del cese analicen la conformidad de la relación a una u otra naturaleza jurídica, de manera que, cuando queda acreditado que las funciones atribuidas al trabajador carecen de esas notas propias de los puestos de confianza o asesoramiento especial, y sin las connotaciones propias del personal al que se refiere el citado art. 12 EBEP, se han decantado siempre por calificar la relación de laboral.

b) Ejercicio de funciones de carácter directivo

Según el artículo 176.2 del TRRL, este tipo de personal podría en principio desarrollar funciones de carácter directivo atribuidas a puestos de trabajo que estuvieran incluidos en la relación de puestos de trabajo de la entidad local, cuando las personas que los hayan de ocupar reúnan las condiciones específicas que se exigen a los funcionarios para desarrollar este tipo de funciones.

No obstante lo anterior, la vigencia de esta última previsión no es actualmente pacífica, ya que hay algunos autores, como M. SÁNCHEZ MORÓN¹⁷, que consideran que desde la promulgación del EBEP esta posibilidad ha quedado totalmente proscrita, por entender que las previsiones contenidas al respecto en el artículo 176.2 del TRRL han quedado tácitamente derogadas, desde el momento en que el EBEP, que tiene naturaleza básica, distingue claramente entre personal eventual y personal directivo, y circunscribe sus funciones a las de confianza o asesoramiento especial de los órganos de gobierno. En la

16. STS de 20 de octubre de 2011 (Ar. 529/2012). Esta sentencia se hace eco de las SSTs de 22 de enero de 2008 (Ar. 2774) y 14 de octubre de 2008 (Ar. 7382), que para un caso en que se trataba de analizar la legalidad de la contratación administrativa para servicios específicos entendieron que, pese a que la contratación había sido efectuada bajo la formalidad administrativa, el contenido de la relación era propio de una contratación laboral y no de una contratación administrativa de conformidad con la definición de contrato de trabajo que se contiene en el art. 1.1 del ET.

17. En su obra *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, Editorial Lex Nova, 2007.

misma línea parece situarse el magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Francisco SOSPEDRA NAVAS¹⁸, aunque sin decantarse de forma definitiva por una u otra opción, cuando señala como argumento a favor de esta postura que: “[...] el artículo 12.1 del EBEP restringe expresamente el ámbito de nombramiento del personal eventual al contemplar expresamente que el personal eventual solo puede desempeñar servicios con ‘carácter no permanente’; ello supone la incompatibilidad sobrevenida del artículo 176.2 del Real decreto 781/1986, en el sentido que el desempeño de puestos de carácter directivo en las corporaciones locales supone la prestación de servicios con carácter permanente, puesto que es indudable que el directivo atiende a funciones permanentes de la Administración, [...]”.

Otros sectores¹⁹, en cambio, consideraron que el artículo 176.2 del TRRL no está derogado, por entender que el artículo 13 del EBEP no es de aplicación inmediata mientras no hayan sido dictadas las normas de desarrollo a las que se refiere su apartado primero, coincidiendo con ello con el criterio mantenido por el Ministerio de Administraciones Públicas, que, por lo que a su aplicabilidad directa e inmediata se refiere, dictó en su día unos criterios para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración local, en los que entendía que, conforme a lo establecido en el apartado 3 de la disposición final cuarta del EBEP, hasta que no se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo, se mantienen en vigor las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos, continuando, como consecuencia, en vigor las previsiones de la LRBRL, del TRRL y de sus normas reglamentarias de desarrollo.

No obstante lo anterior, lo cierto es que estos criterios del MAP condicionaban esta interpretación al hecho de que las normas transitoriamente vigentes **no se opusieran a lo establecido en el propio EBEP**, como parece que sucede en este caso, desde el momento en que en su artículo 12 las funciones del personal eventual se limitan a las de confianza o asesoramiento especial; de ahí que el propio documento, en su apartado 5.º, manifestase expresamente que: “El artículo 176.3 TRRL hay que entenderlo implícitamente derogado al oponerse al contenido del artículo 12”.

18. En su trabajo “Tipos de empleados públicos”, publicado en la revista *Cuadernos de Derecho Local*, número 19, editada por la Fundación Democracia y Gobierno Local.

19. La Guía práctica del EBEP publicada por la Diputación de Barcelona, en la que respecto del personal directivo se señalaba que, hasta que se dictaran las correspondientes leyes de desarrollo del EBEP por el Estado y las comunidades autónomas, se mantendría el régimen jurídico que se aplicaba hasta entonces al personal eventual, se alineaba con esta postura.

El problema que se plantea en este caso no es tanto si el personal eventual puede desempeñar funciones directivas, que yo entiendo que no, como cuál es el régimen jurídico actual del personal directivo local hasta tanto se desarrollen las previsiones del EBEP en los términos previstos por su artículo 13.1, ya que, como acertadamente señala Miguel SÁNCHEZ MORÓN en la obra comentada anteriormente, el EBEP no impone la existencia necesaria del régimen específico del directivo público, sino que lo regula como una mera posibilidad precisada de desarrollo, por lo que si no se crea este tipo de personal, estas funciones pueden ser desarrolladas por personal idóneo profesionalmente hablando, ya se trate de personal funcionario o de personal laboral.

En consecuencia, teniendo en cuenta que en el caso de Cataluña el artículo 306 del TRLMC, que según esta segunda postura doctrinal está vigente mientras no se desarrolle el EBEP, contempla expresamente la existencia de personal directivo, con la previsión de que ha de tener necesariamente la consideración de personal eventual, la cuestión que tendríamos que plantearnos, más que si el personal eventual puede desempeñar funciones directivas, que insisto, entiendo que no es posible, es si, a falta de un régimen jurídico específico, el personal directivo puede seguir teniendo la condición de personal eventual, manteniendo su condición prioritaria de directivo, hasta que se produzca el esperado desarrollo reglamentario.

La opción por una u otra postura doctrinal es difícil, pues, si bien es cierto que los criterios establecidos por el Ministerio de Administraciones Públicas parecerían dar cobertura a la segunda de estas posturas, también es cierto que el apartado 3 de la disposición final cuarta del EBEP dispone que, hasta que se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo, se mantienen en vigor las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos, pero con la previsión de que ello será así **en tanto no se opongan a lo establecido en el propio EBEP**, y lo cierto es que las previsiones contenidas en el artículo 176.3 del TRRL y 306 del TRLMC se oponen en cierto modo al carácter no permanente de las funciones propias de este tipo de personal, y exceden de las estrictas de confianza y asesoramiento especial.

En este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²⁰, aunque refiriéndose a la Administración autonómica, ha entendido que: “El personal eventual es una excepción, o al menos debe serlo, en el conjunto general del personal al servicio de la Administración Pública, pues por lógica debe darse

20. Sentencia de 3 de julio de 2009 (Ar. 781).

preferencia siempre al funcionario de carrera. El personal eventual solo aparece justificado en el organigrama de la Función Pública, por la específica función que desempeña, esto es, de especial asesoramiento, por ello dicho personal eventual no puede acceder a puestos reservados a funcionarios”.

Para, a continuación, no dudar en aplicar directamente el artículo 12 del EBEP; y, tras señalar que se ha de analizar caso por caso el ajuste de los puestos de trabajo de personal eventual a las funciones que la ley les reserva, llega a la conclusión de que puestos tales como la dirección de los museos de la Ciencia y de Historia, y los puestos de director de la Casa de las Lenguas o del Centro de Mediación Familiar de Cataluña, deberían estar reservados a funcionarios, ya que en su función no aparece justificada ni la confianza ni tampoco el asesoramiento exigible en estos casos.

En esta línea, una parte de la doctrina más autorizada, que comparto plenamente²¹, se decanta claramente por entender que, a partir del EBEP, la posibilidad de que este tipo de personal desempeñe funciones directivas, o la de que exista la figura del personal directivo eventual, es inexistente por los siguientes motivos:

- En primer lugar, por entender que el contenido del artículo 176.3 del TRRL constituyó en su momento una extralimitación de esta norma, al suponer la creación de una figura de directivo eventual inexistente en la legislación que tenía que refundir y armonizar.
- En segundo lugar, y en este caso respecto de la legislación autonómica catalana, por considerar que a la luz de la jurisprudencia constitucional²², que reconoce el carácter básico del artículo 12 del EBEP, a la legislación autonómica le está vedada toda posibilidad de atribuir otras funciones diferentes de las que establece el EBEP al personal eventual, como serían las de carácter directivo, que, por su propia esencia, como ya hemos apuntado, tienen carácter permanente.
- En tercer y último lugar, como consecuencia del posicionamiento del Tribunal Supremo, claramente contrario a esta posibilidad²³.

En cualquier caso, de entenderse que esta posibilidad de personal directivo sometido al régimen del personal eventual está transitoriamente vigente, resultarían de aplicación a este tipo de personal las exigencias propias que en

21. Joan MAURI MAJÓS. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona. Conferencia impartida en la sesión del *Seminari de Dret Local* de la Federació de Municipis de Catalunya de 13 de marzo de 2015, bajo el título *Personal directiu i personal eventual*.

22. STC 156/2013, de 23 de septiembre.

23. Entre otras, SSTs de 20 de julio de 2011 y 8 de octubre de 2012 (Ar. 5666, 6598).

materia de incompatibilidades son imputables a los directivos de acuerdo con lo dispuesto por la LRBRL.

2.3.2

Presupuestos legales necesarios para su existencia

Si estas son las características de este tipo de personal por lo que se refiere a las funciones que pueden desarrollar, también existen importantes especialidades que condicionan su existencia, ya que se trata de puestos de trabajo de asesoramiento o de confianza especial que necesitan para su existencia de una serie de presupuestos legales. En primer lugar, que la corporación, al inicio de su mandato y en sesión plenaria, a efectos de su posterior inclusión, tanto en la plantilla²⁴ como, si así lo exige la legislación autonómica aplicable²⁵, en la relación de puestos de trabajo de la corporación, determine los siguientes extremos:

a. Su número

Respecto de su número, con la reforma operada en la legislación básica por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, en el artículo 104 bis y en la disposición transitoria 10.^a de la LRBRL, se establece un número máximo de personal eventual para ayuntamientos, diputaciones, consejos o cabildos, según su población, de acuerdo con el siguiente detalle:

- Excepcionalmente, 1 en municipios de 2000 a 5000 habitantes, cuando no haya concejales en régimen de dedicación exclusiva.

24. Artículo 126.1 de la LRBRL.

25. A diferencia de la Administración del Estado, a la que el artículo 15.1.a) de la Ley 30/1984 exige que el número y características de los puestos de trabajo de su personal eventual figure en las relaciones de puestos de trabajo, en la Administración local no existe precepto básico que contemple idéntica exigencia, por lo que se tendrá que estar a lo que disponga en cada caso la legislación autonómica, aunque en aquellos supuestos en que resulte exigible no será necesaria la previa negociación colectiva ni la consulta a las organizaciones sindicales, porque tal y como afirma el magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, FRANCISCO SOSPEDRA NAVAS, en su trabajo publicado en la revista *Cuadernos de Derecho Local*, número 19, editada por la Fundación Democracia y Gobierno Local, con el título “Tipos de empleados públicos”, el Tribunal Supremo, entre otras muchas en sus sentencias de 22 de mayo de 2006 y 25 de abril de 2008 (Ar. 2373 y 2622), ha entendido que cuando la modificación de la relación de puestos de trabajo se inserta dentro de lo que es propiamente organización de servicios, como es el caso de la determinación inicial de los puestos de trabajo del personal eventual por el Pleno, no es necesario.

No obstante, en el caso de que se entienda subsistente la posibilidad de nombrar personal eventual para el ejercicio de funciones directivas transitoriamente, en este supuesto sí que deberán figurar estos puestos de trabajo en la relación de puestos de trabajo, por imperativo de lo dispuesto por el artículo 176.2 del TRRL.

- 1 en municipios de 5001 a 10 000 habitantes.
- 2 en municipios de 10 001 a 20 000 habitantes.
- 7 en municipios de 20 001 a 50 000 habitantes.
- La mitad de los concejales en municipios de 50 001 a 75 000 habitantes.
- El mismo número de concejales en municipios de 75 001 a 500 000 habitantes.
- 0,7 % del número total de puestos de trabajo de la plantilla en municipios de más de 500 000 habitantes²⁶.
- En las diputaciones, el número máximo que resulte aplicable al municipio más poblado, y en los consejos y cabildos insulares, el mismo número de miembros del cabildo en las islas de más de 800 000 habitantes, y el 60 % de sus cargos electos si tienen una población menor.
- Ninguno en el resto de entidades locales u organismos dependientes (EMD, mancomunidades, consorcios, áreas metropolitanas), aunque en Cataluña, respecto de las comarcas y las veguerías, por aplicación de la disposición adicional 3.^a²⁷ de la LRSAL, les resultaría aplicable el régimen de las diputaciones. Más discutible sería su aplicación, al amparo de dicha disposición, a las entidades territoriales de ámbito inferior al municipio, al no tratarse de una entidad local supramunicipal.

Respecto de las mancomunidades y las áreas metropolitanas, en el caso catalán se suscitan algunas dudas²⁸, pues aunque son entidades contempladas en su Estatuto de Autonomía de forma genérica, a las que se atribuyen competencias de prestación de servicios públicos locales, al estar reguladas de forma específica por la legislación básica, es más difícil considerarlas como sistema institucional propio de Cataluña. En

26. Previsión que según Joan MAURI I MAJÓS hay que entender referida no tanto al número de puestos de trabajo como al número de plazas presupuestadas en la plantilla, con independencia de que se trate de plazas cubiertas y de su régimen jurídico.

27. Según el número 2 de esta disposición: “2. En el caso de las Comunidades Autónomas con un sistema institucional propio, las referencias de esta Ley a las Diputaciones provinciales se entenderán efectuadas a los entes locales supramunicipales previstos en los correspondientes Estatutos de Autonomía a los que se atribuyen competencias en materia de asistencia y cooperación a los municipios y prestación de servicios públicos locales”.

28. Según las instrucciones dictadas por el MHAP en su momento, en el caso del resto de entidades locales diferentes de los municipios, las provincias y las islas, y en los organismos y entidades dependientes de todas las entidades locales, no podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual (art. 104 bis LRSAL), sin que la Nota explicativa dictada por el Departament de Governació de la Generalitat de Cataluña planteara una opción interpretativa diferente.

otras palabras, tratándose de entidades locales comunes a todo el espectro estatal, parece lógico pensar que si el legislador hubiera querido permitir que este tipo de entes locales pudieran disponer de personal eventual, lo habría establecido de forma expresa.

Además, este tipo de personal deberá prestar, necesariamente, sus servicios en los servicios generales de la entidad, aunque, excepcionalmente, se podrán asignar funcionalmente a otros servicios o departamentos de la estructura propia de la entidad si así lo dispone el ROM, previsión absolutamente lógica, si tenemos en cuenta que sus funciones son de asesoramiento especial y personal al órgano que les nombra, que no es otro que el presidente de la corporación, o a quien este determine.

Esta medida, que resultó de aplicabilidad inmediata con la entrada en vigor de la Ley (de ahí la obligación del presidente de informar al Pleno, en el plazo máximo de un mes desde esta entrada en vigor, de cómo había dado cumplimiento a esta disposición), comportó la imposibilidad de aumentar el número de personal eventual que existiera a 31 de diciembre de 2012 y la obligación de publicar en la Sede Electrónica, con carácter semestral, el número de puestos eventuales existentes, y de que el presidente de la entidad diera cuenta al Pleno trimestralmente del cumplimiento de dichas previsiones.

No obstante, la disposición transitoria 10.^a estableció una moratoria, hasta el 30 de junio de 2015, para las entidades locales que cumplieran con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, si su plazo medio de pago a proveedores no superaba en más de 30 días el plazo legalmente previsto, que fue objeto de una nota aclaratoria del Ministerio con fecha 15 de enero de 2014.

b. Sus características

Estas características entendemos que integran, como mínimo, la denominación del puesto de trabajo, la relación y detalle de sus funciones, y su dedicación y régimen de incompatibilidades, que en todo caso será, como mínimo, el previsto por la Ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, aunque, en Cataluña, el artículo 317 del RPEL atribuye al alcalde la determinación de su horario e intensidad de su dedicación en función de las necesidades del servicio.

c. Sus retribuciones

Realizada la determinación anterior, y dentro de los límites que esta decisión implica, el alcalde podrá proceder libremente al nombramiento de este personal, con el único requisito formal de que dicho nombramiento, su régimen de retribuciones y su dedicación, se hagan públicos

a través del Boletín Oficial de la Provincia²⁹ y, en su caso, del Boletín de Información de la corporación, y entiendo que también en los medios electrónicos de información de que disponga el ayuntamiento –web municipal y sede electrónica–³⁰.

Esta libertad de nombramiento implica, evidentemente, la correlativa libertad de cese por parte de la misma autoridad, como en numerosas ocasiones ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo³¹, que pone como únicos límites a esta libertad la arbitrariedad o la desviación de poder debidamente acreditada, no pudiendo fundarse en meras presunciones ni en suspicacias o amplias interpretaciones del acto de autoridad y de la oculta intención que lo determine³².

2.3.3 Efectividad de su cese

El problema fundamental consiste en determinar el verdadero alcance de la previsión legal de que este personal eventual cese, automáticamente y en todo caso, cuando, como señala el artículo 104 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, cese o expire el mandato de la autoridad a la que presta sus funciones de confianza o asesoramiento especial, pues si bien cuando este cese se produce como consecuencia del cese del alcalde durante la vigencia de su mandato no se presenta ningún problema interpretativo, en cambio, cuando se produce como consecuencia de la expiración del mandato del alcalde con motivo de la expiración de su mandato como concejal, presupuesto básico del anterior, se nos plantea una cierta problemática, pues con una interpretación estricta tendríamos que llegar a la conclusión de que el cese de este personal se ha de producir, de forma automática, a los cuatro años de las elecciones anteriores o, en todo caso, el día anterior a la celebración de las nuevas elecciones, es decir, antes de que el alcalde deje de realizar definitivamente sus funciones como tal, porque se ha de tener en cuenta que, como ya hemos comentado anteriormente, la Ley Electoral prevé una prórroga del mandato corporativo, aunque únicamente en funciones de administración ordinaria, que hace que este se alargue hasta que se produzca la constitución de la nueva corporación,

29. En Cataluña, según el artículo 304.3 del TRLMC, también en el DOG.

30. Esta publicidad y el correspondiente acuerdo plenario serán nuevamente necesarios cuando, a lo largo de la vigencia de estos nombramientos, varíen, bien sus retribuciones o régimen de dedicación, bien sus características fundamentales.

31. Sentencia de 3 de abril de 1992 (Ar. 2836).

32. Entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1992 (Ar. 2836).

es decir, un mínimo de 21 días y un máximo de 41 días, según se interponga o no recurso contencioso electoral contra el acto de proclamación de candidatos.

Esto, unido al hecho de que el nuevo alcalde no puede proceder al nombramiento de las personas que hayan de ocupar estos puestos de confianza durante el siguiente mandato hasta que el Pleno haya determinado su número, características y retribuciones, hace que el período durante el cual el alcalde tenga que prescindir de estos puestos de trabajo se dilate aún más, circunstancia que, cuando hay coincidencia entre el alcalde saliente y el alcalde entrante, produce una cierta distorsión, ya que este se ve obligado a prescindir de su personal de confianza durante un período de tiempo en el cual él está ejerciendo sus funciones, y en unos momentos en los que seguramente más necesario le resulta este tipo de personal.

Esta circunstancia ha dado lugar a que, en numerosas corporaciones, o bien se interprete ampliamente la Ley, en el sentido de que el cese automático de este personal se produce cuando finaliza no solo la duración del mandato de la autoridad que los nombró, sino también el período de prórroga legal, postura que considero más adecuada, o bien se acuda a numerosas picarescas para mantener a este personal *de facto* en el ejercicio de sus funciones.

En relación con esta cuestión, en algún foro se ha mantenido, incluso, que en la medida en que estos cargos son designados por el alcalde y su mandato se extiende, en régimen de administración ordinaria, hasta que tome posesión su sucesor, dichos cargos no deberían cesar hasta que ello se haga efectivo, dando a entender que si en la sesión constitutiva el alcalde elegido no toma posesión, como el alcalde en funciones continuaría en el ejercicio del cargo, el nombramiento del personal eventual estaría vigente hasta la definitiva toma de posesión del nuevo alcalde.

Esta circunstancia se produciría, por ejemplo, si el alcalde elegido no se encontrara presente en la sesión constitutiva, en cuyo caso, según el artículo 40 del ROF, sería requerido para tomar posesión en el plazo de 48 horas ante el Pleno de la corporación.

En mi opinión esta tesis no se puede mantener, ya que aunque el nuevo alcalde tarde, en este caso, 48 horas en tomar posesión, el alcalde saliente ha perdido su condición como tal, al ir esta condición indisolublemente unida a su cargo de concejal, por lo que, cesando en este, cesa automáticamente en su condición de alcalde.

Por otra parte, para quienes defienden la tesis anteriormente comentada de la viabilidad legal de la existencia actual de personal directivo en régimen de personal eventual, también se ha planteado en Cataluña la posibilidad de distinguir entre personal eventual de confianza o asesoramiento especial y

personal eventual de dirección, a fin de mantener que estos últimos, dado el carácter más permanente de sus funciones, no han de cesar necesariamente de forma automática con motivo del cese del alcalde, pero esta postura parece excesivamente forzada, pues aunque defendiéramos esta tesis, que no es el caso, habría que tener en cuenta que si el artículo 306 del TRLMC les otorgó la necesaria condición de personal eventual, era precisamente para que les fuera aplicable su régimen jurídico.

En cualquier caso, y sea cual sea el criterio que sobre el momento de cese de este personal se adopte en cada corporación local, una cosa es clara, y es que el cese se produce automáticamente, o lo que es lo mismo, no requiere, *a priori*, de un acto expreso en este sentido, lo que significa que, llegada la fecha de expiración del mandato corporativo, se ha de dar de baja a este personal de la seguridad social y de la nómina del personal de la corporación, procediéndose a realizar la liquidación correspondiente³³.

Para finalizar, únicamente señalar que es tal la identificación de este personal con las circunstancias de la autoridad que lo nombra, que algunos municipios prevén en su reglamento orgánico que, con motivo del inicio y del cese de sus funciones, el personal eventual efectúe las declaraciones que exige el artículo 75.5 de la LRBRL a los concejales, cuando esta exigencia, de acuerdo con la disposición adicional 15.^a de la LRBRL, además de a los concejales, únicamente resulta exigible al personal directivo local y a los funcionarios con habilitación de carácter estatal que hayan sido nombrados mediante libre designación, en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman.

2.4

Operaciones de liquidación de la corporación

Otra consecuencia derivada de la expiración del mandato de los miembros de la corporación saliente, que a la vez constituye un acto preparatorio y necesario para la constitución de la nueva corporación, la constituye el hecho de que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 36 del ROF³⁴, el tercer día anterior al señalado por la legislación electoral para la sesión constitutiva del nuevo ayuntamiento, es decir, 17 días después de celebrarse las elecciones,

33. Esto plantea una difícil situación a los secretarios y a los interventores de las corporaciones locales, en especial a estos últimos, porque al cesar por ministerio de la ley, no precisan de acto administrativo alguno para dar de baja a este personal de la nómina.

34. Respecto de las provincias, idéntica previsión se contiene en el artículo 56 del ROF.

los concejales cesantes, tanto del Pleno como, en los ayuntamientos donde exista, de la Junta de Gobierno, se han de reunir en sesión convocada al único efecto de aprobar el acta de la última sesión celebrada.

Nos encontramos ante sesiones de liquidación que, aunque el ROF no precisa su carácter, son de naturaleza extraordinaria, pues ni se insertan en las previstas como ordinarias en el régimen de sesiones acordado por la corporación, ni admiten la incorporación en su orden del día de otros asuntos diferentes de los que constituyen su única finalidad.

A pesar de no estar contemplada esta previsión más que en una norma de carácter supletorio como es el ROF, nos resulta acertada, en la medida en que es lógico que solamente puedan aprobar las actas de estos órganos los miembros de la corporación que participaron en las sesiones a las que estas se contraen y que, por tanto, conocen las auténticas circunstancias que se produjeron en las mismas.

En cambio, no se prevé idéntica operación respecto de las actas de los otros órganos colegiados municipales, principalmente órganos de asesoramiento y órganos de participación ciudadana, cuando se dan idénticas circunstancias, de la misma manera que sucede respecto de las actas de los órganos colegiados de gobierno de los posibles organismos autónomos que, para la gestión de servicios o la realización de actividades, puedan existir en el ayuntamiento.

Esta omisión suele subsanarse con la previsión correspondiente en el reglamento orgánico municipal y en los estatutos reguladores de los organismos autónomos, y, de hecho, es práctica habitual que se produzcan estas operaciones de aprobación de la última acta, no solamente respecto de las correspondientes al Pleno y a la Junta de Gobierno, sino también respecto de las de los otros órganos colegiados de la corporación, aunque no sean de carácter decisorio, como ocurre con las Comisiones Informativas y con los órganos colegiados de participación ciudadana.

Y es que en caso contrario, de existir actas que por cualquier circunstancia estuvieran pendientes de someterse a aprobación, si esta no se produce con anterioridad a este acto de liquidación, estas actas serían perpetuamente borradores, y, al no estar incorporadas a los libros oficiales correspondientes, no estarían protegidas por la presunción *iuris tantum* de la que, en tanto que instrumento público solemne, goza el libro de actas.

Ello no quiere decir que no exista la posibilidad de probar la existencia de estos acuerdos, ya que no solo podría utilizarse cualquier otro medio de prueba de su existencia válido en derecho, sino que, además, al amparo de lo dispuesto por el artículo 206 del ROF, siempre existe la posibilidad de expedir certificaciones de los acuerdos correspondientes a estas sesiones, haciendo

la advertencia o salvedad de que el acta está pendiente de aprobación, y a reserva, por tanto, de los términos que resulten de esta aprobación.

Pero cuando no existe ni tan solo un borrador de acta debidamente firmado, la única posibilidad de certificar radicará en que se emitan estas certificaciones en base a la documentación que figure en el expediente, siempre y cuando conste en este la diligencia de aprobación por el órgano correspondiente.

3

Constitución de los ayuntamientos

Por lo que a la subsiguiente constitución del ayuntamiento se refiere, la nueva corporación surgida como consecuencia de los resultados del proceso electoral se ha de constituir, en sesión pública, el vigésimo día posterior a la celebración de las elecciones, salvo que se hubiera presentado recurso contencioso electoral contra la proclamación de los concejales electos, constituyéndose, en este caso, el cuadragésimo día posterior a las elecciones, tal y como claramente preceptúa el artículo 195 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

Para ello es necesario que concurran a la sesión la mayoría absoluta de los concejales electos, ya que, de lo contrario, se tendría que celebrar sesión dos días después, quedando constituida la corporación fuera cual fuera el número de concejales presentes³⁵. En la misma sesión, como veremos, se ha de proceder a la elección del alcalde.

Respecto de las restantes entidades locales supramunicipales³⁶ se habrá de estar a sus disposiciones específicas, que, por lo que a las provincias se

35. Según acuerdo de la Junta Electoral Central de 19 de junio de 1991, un solo concejal, en ningún caso, puede constituir la corporación.

36. Circunscribiéndonos a Cataluña, y más concretamente al ámbito metropolitano, las previsiones de constitución de las veguerías, las comarcas y el Área Metropolitana de Barcelona se concretan en las siguientes normas:

- **Veguerías**

En cuanto a las veguerías, la disposición transitoria primera de la Ley 30/2010, de 3 de agosto, de veguerías, prevé que los consejos de veguería de Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona se constituirán, sustituyendo a las diputaciones provinciales correspondientes, después de la celebración de las elecciones locales próximas, de acuerdo con el régimen previsto en su artículo 26, que prevé que la sesión constitutiva tenga lugar el trigésimo día siguiente a la constitución de los ayuntamientos.

Respecto de los restantes consejos de veguería –Les Terres de l’Ebre, La Catalunya Central y L’Alt Pirineu–, se prevé que su constitución quede diferida al momento en que se haya aprobado la modificación de la legislación estatal correspondiente, momento a partir del cual la Veguería de Tarragona pasará a denominarse Camp de Ta-

refiere, se concretan en el artículo 57 del ROF, en concordancia con los artículos 205 y siguientes de la LOREG, que prevén que la sesión constitutiva de las diputaciones se celebre, en primera convocatoria, a las 12 horas del quinto día posterior a la proclamación de los diputados electos, si concurren a la misma la mayoría absoluta de estos, o, en su defecto, dos días después a la misma hora cualquiera que fuera el número de diputados que concurriera.

A estos efectos, la Junta Electoral de Zona, una vez constituidos todos los ayuntamientos de la provincia, procederá a realizar las operaciones previas necesarias para hacer posible esta proclamación, con la previsión introducida por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, de que el proceso de constitución de las diputaciones deberá aplazarse hasta que se hayan resuelto previamente todos los recursos contencioso-electorales contra la proclamación de concejales electos en los municipios de la provincia, pero no esperará, en cambio, a las eventuales convocatorias y celebración de elecciones en municipios concretos, derivadas de la falta de candidaturas o de la anulación total o parcial del proceso por los tribunales. En este supuesto, si como consecuencia de las elecciones parciales, posteriormente, se altera la distribución de puestos en la diputación, las Juntas Electorales de Zona realizarán las operaciones necesarias para hacer una nueva asignación.

Ahora bien, para hacer efectiva la constitución de los nuevos ayuntamientos y restantes entidades locales, es necesario que se desarrolle una importante actividad municipal, tanto de carácter previo a la citada fecha, como durante la sesión constitutiva, que analizaremos seguidamente.

rragona; y, en el caso de la Veguería de L'Alt Pirineu, a que se produzca la necesaria alteración de los límites provinciales.

- **Comarcas**

En cuanto a las comarcas, el artículo 22 del Texto Refundido de la Ley de Organización Comarcal, aprobado por el Decreto Legislativo 4/2003, de 4 de noviembre, prevé que el consejo comarcal se constituye en sesión pública en la capital de la comarca el primer día hábil después de transcurridos 15 días naturales a contar del día siguiente al del acto de proclamación de los miembros electos del consejo por la Junta Electoral.

- **Área Metropolitana de Barcelona**

Respecto del Área Metropolitana de Barcelona, el Consejo Metropolitano se constituirá, según establece el artículo 7.3 de su Ley reguladora 31/2010, de 3 de agosto, el décimo día, o el siguiente si es inhábil, posterior a la finalización del plazo de 30 días que desde la constitución de los ayuntamientos tienen estos para elegir a sus representantes en el Consejo que no sean miembros natos. A estos efectos, su disposición transitoria 5.^a contiene los pormenores relativos a la constitución del primer Consejo Metropolitano.

3.1

Actividades preliminares

Con carácter previo a la celebración de la sesión constitutiva, las actividades preliminares a realizar para que esta se desarrolle debidamente, y para que los concejales electos puedan tomar posesión de sus cargos en los plazos establecidos por nuestro derecho positivo, son las siguientes:

3.1.1

Formulación de las declaraciones de bienes y actividades por los concejales y concejales electos

Una vez efectuada por la Junta Electoral de Zona correspondiente la proclamación de electos en los plazos previstos por el artículo 108 de la LOREG, a la vista del resultado del escrutinio general y una vez expedidas las correspondientes credenciales, aquellos, tal y como ha señalado la Junta Electoral Central en diversos acuerdos³⁷, pasan a tener la condición de concejales electos, y a ostentar los derechos inherentes a tal condición, fundamentalmente el de tomar posesión de su cargo, para lo cual es requisito previo, según el número 8 del citado precepto, además de jurar o prometer acatamiento a la Constitución en los términos que más adelante se analizarán, cumplimentar los otros requisitos previstos en las leyes o reglamentos específicos.

Uno de estos requisitos consiste en la obligación que el artículo 75 de la LRBRL impone a los concejales electos de formular, antes de la toma de posesión, dos declaraciones, una sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o les pueda proporcionar ingresos económicos, y otra de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las liquidaciones de los impuestos de la renta y sociedades, ya que el impuesto de patrimonio fue prácticamente suprimido en el año 2008³⁸.

La emisión de estas declaraciones se ha de producir, según el citado artículo, antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y cuando se modifiquen las circunstancias de hecho, de lo que se desprende que esta obligación incumbe no solamente a los concejales entrantes, sino también a los salientes,

37. Acuerdos de 8 de mayo de 1990, 18 de octubre de 1991 y 15 de julio de 1994.

38. Lo cierto es que, más que suprimirlo, lo que se hizo fue establecer una bonificación del 100 % de su importe, lo que en principio exigiría efectuar las declaraciones correspondientes, pero esto no es posible, porque el legislador derogó todo lo relativo a sus normas de gestión.

de manera que aquellos concejales que hayan cesado en sus cargos por expiración del mandato y de la prórroga legal, habrán de efectuar estas declaraciones, de la misma manera que los concejales electos que hayan de tomar posesión durante el nuevo mandato.

El problema se plantea en relación con los concejales cesantes que repitan mandato como consecuencia del resultado electoral, pues en estos supuestos la literalidad de la norma obligaría a que efectuasen estas declaraciones dos veces, una con ocasión de su cese, ya que este efectivamente se produce, y otra con carácter previo a la toma de posesión como consecuencia de su nueva proclamación, pero una interpretación racional de la norma permite entender que, en estos supuestos, efectuando las declaraciones una sola vez se cumpliría esta doble obligación, en la medida en que las declaraciones con motivo del cese y con motivo de la toma de posesión coinciden en el tiempo y lo contrario constituiría una duplicidad.

Incluso en el caso en que el concejal electo tarde un tiempo en materializar su toma de posesión³⁹, esta solución sería factible, ya que con motivo del cese habría efectuado las declaraciones, y como este se produce cuando ya ha sido proclamado de nuevo concejal electo, y es a partir de esta fecha y antes de la toma de posesión cuando los proclamados tienen que formular estas declaraciones, el único requisito que le quedaría por cumplir sería el juramento o promesa de acatamiento a la Constitución, exceptuando el caso, claro está, de que durante este período se hayan modificado las circunstancias de hecho en base a las cuales se efectuaron las citadas declaraciones, pues en este supuesto el artículo 75 de la LRBRL, como ya hemos señalado, obliga a repetir las, con el objeto de incluir estas nuevas circunstancias.

Mayor problema interpretativo se planteaba con el hecho de si el cumplimiento de este requisito es o no presupuesto básico para tomar posesión del cargo, como parece querer exigir el citado precepto al establecer que se han de formular las declaraciones antes de la toma de posesión.

Para MORELL OCAÑA, nadie puede impedir la toma de posesión del elegido, basándose en que aún no ha cumplido con la obligación de declarar, pero lo cierto es que la Junta Electoral Central, en su acuerdo de 17 de junio de 1987, interpretó que, en la medida en que el artículo 108.8 de la LOREG establece que, para adquirir la plena condición de sus cargos, los candidatos electos, además de jurar o prometer acatamiento a la Constitución, han de

39. Recuérdese que, como ha señalado la Junta Electoral Central en su acuerdo de 21 de octubre de 1988, durante la vigencia del mandato no existe término preclusivo para la toma de posesión del concejal, al no establecerse nada al respecto, ni por la legislación electoral, ni por la de régimen local.

cumplimentar los otros requisitos previstos en las leyes o reglamentos respectivos, y dado que el artículo 75.5 de la LRBRL exige que todos los miembros de las corporaciones locales formulen estas declaraciones antes de la toma de posesión, no pueden los concejales electos que no cumplan este requisito tomar posesión ni, por tanto, participar en la elección del alcalde.

No obstante, a pesar de este acuerdo y del carácter vinculante que para el resto de las Juntas Electorales tienen los acuerdos de la Junta Electoral Central según el artículo 19.1.d) de la LOREG, lo cierto es que en los pocos fallos jurisdiccionales que se han dado al respecto, todos ellos en los tribunales superiores de justicia de diversas comunidades autónomas, se ha llegado a soluciones diferentes, ya que mientras el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en una sentencia de 12 de julio de 1995, estimó un recurso en el que se pretendía la declaración de nulidad de los actos de constitución de una corporación local y de elección y proclamación de su alcalde, por no haberse permitido a un concejal tomar posesión ni participar en la elección del alcalde porque no había formulado las citadas declaraciones, en cambio el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en una sentencia de 10 de abril de 1996 (Ar. 5429), respecto de unos concejales que tomaron posesión del cargo sin cumplir este requisito, señala que no deberían haber adquirido la condición plena de miembros del ayuntamiento hasta que no hubiesen subsanado esta omisión, aunque acaba permitiéndoles votar una moción de censura porque: “Sin embargo, la realidad que no desconoce este Tribunal es que a esos 3 concejales electos se les tuvo como miembros del Ayuntamiento desde la efectiva toma de posesión del cargo en la sesión plenaria de constitución de la corporación en fecha 17 de junio de 1995. Este extremo ha quedado debidamente acreditado en el presente proceso, pese a la reveladora negativa de la Alcaldía de no incorporar al expediente administrativo el acta de constitución del Ayuntamiento en la que se dio posesión a los concejales de los diversos grupos municipales. En consecuencia, a las tomas de posesión de esos 3 concejales electos, que quedaron firmes, aun faltando el mencionado requisito de carácter subsanable consistente en la formalización de la declaración de bienes, se las ha de tener por válidas hasta que la propia Alcaldía revise de oficio tales actos de toma de posesión. Hasta tal momento se les debe considerar como miembros de la corporación”.

Idéntica solución adopta el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de diciembre de 2001 (Ar. 6482), por considerar que es diferente el caso del concejal al que se impide tomar posesión y participar en la elección del alcalde hasta que no dé cumplimiento a esta obligación, del concejal que ya ha tomado posesión, aunque incumpliendo tal obligación.

En consecuencia, a falta de pronunciamientos más tajantes del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, esta labor interpretativa la ha de hacer cada corporación y, en sus funciones de asesoramiento legal, sus respectivos secretarios, que a pesar de que pueden coincidir con la interpretación de la Junta Electoral Central, también pueden disentir de esta, en la medida en que su acuerdo no les vincula, pues solamente vincula a las Juntas Electorales de ámbito inferior, y los secretarios, aunque según el artículo 11.4 de la LOREG son delegados de las Juntas Electorales de Zona y actúan bajo la estricta dependencia de estas, solamente lo son respecto de las funciones propias de estas Juntas⁴⁰ y la toma de posesión de los concejales no lo es, por no formar parte del proceso electoral y constituir una cuestión de régimen local en la que el secretario del ayuntamiento actúa como tal y no como delegado de la Junta Electoral de Zona.

Sobre esta cuestión, en cambio, sí se ha producido un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, concretamente a través de su sentencia 331/1993, de 12 de noviembre, por la que se declaró inconstitucional el número 2 del artículo 148 de la Ley catalana 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña, que preveía la posibilidad de formular estas declaraciones dentro del mes siguiente a la toma de posesión del cargo, por entender que ello entraba en contradicción con un precepto de carácter básico, concretamente con el artículo 75.5 de la LRBRL, por referirse al régimen de incompatibilidades de las corporaciones locales.

Con esta sentencia, en la medida en que el Tribunal Constitucional considera que este requisito de formular las citadas declaraciones forma parte del régimen de incompatibilidades de los miembros corporativos locales, nos está dando una pista más, aunque indirecta, para entender que la no formulación de estas declaraciones es incompatible con la condición de concejal y, en consecuencia, es requisito indispensable para la toma de posesión del cargo.

Al margen de esta discusión, también hemos de tener en cuenta que con la introducción en la LRBRL de la obligación de todos los concejales de acompañar a sus declaraciones de bienes patrimoniales las liquidaciones del IRPF y del impuesto de sociedades, cuando estén obligados a realizarlas, se convierte esta obligación de declarar en una obligación de periodicidad anual, ya que estas liquidaciones se han de efectuar anualmente.

Formuladas estas declaraciones en los modelos que a tal efecto apruebe el Pleno de la corporación, se tendrán que publicar con carácter anual y, en

40. Véanse los acuerdos de la Junta Electoral Central de 27 de febrero de 1990 y 11 de septiembre de 1991.

todo caso, en el momento de la finalización del mandato, en los términos que establezca el Estatuto Municipal o ROM.

Esta previsión adolece de un alto grado de abstracción, que no ha sido posteriormente concretado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuando ha exigido la publicación de estas declaraciones en la sede electrónica municipal, y que en muchos casos está siendo utilizada para justificar la omisión de determinada información de estas declaraciones en la publicación.

En cambio, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, sí ha venido a solucionar otra picaresca, cuando exige que la publicación se realice en formatos adecuados que faciliten su accesibilidad y comprensión, identificación y localización, pues en algunos casos la publicación de esta información en la web o sede municipal se realizaba en términos tales que resultaba prácticamente imposible encontrarla.

Formuladas las declaraciones, estas tendrán que inscribirse en sendos registros de intereses constituidos en cada corporación local, que se ha de entender que están afectados por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y por tanto, según su artículo 26, están sujetos a los deberes de protección derivados de la misma y, en especial, al de comunicar la creación de ficheros a la Agencia de Protección de Datos para su debida inscripción.

De estos registros, el de causas de posible incompatibilidad y de actividades, en la versión anterior a 2009 de la LRBRL, tenía carácter público por imperativo de la propia norma local que lo regulaba, que, por el contrario, nada decía respecto al carácter del Registro de bienes patrimoniales, que, en consecuencia, a pesar de haber sido considerado por la doctrina como de carácter reservado, en mi opinión quedaba afectado, en su condición de registro público, por lo previsto por el artículo 37 de la LRJPAC.

Así parecían quererlo confirmar los tribunales, ya que, por lo que se refiere al acceso al Registro de bienes patrimoniales, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en su sentencia de 31 de enero de 1997 (Ar. 268), siguiendo la doctrina plasmada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de noviembre de 1988 (Ar. 8655), sobre el alcance de la participación efectiva de los miembros electos de las corporaciones locales en la actuación pública, llegó a la conclusión de que, como principio general, no podía vetarse a los concejales su acceso a este Registro respecto de los datos de otros concejales, aunque tampoco se podía plantear este acceso con carácter indiscriminado respecto de la totalidad de los datos que en él se recogieran, motivo por el que el Tribunal entendió que, para que fuera posible este acceso, se tenía que

producir la petición con una cierta individualización de los datos a los cuales se intentara acceder, y una mínima justificación de la solicitud y de la importancia de la información en el desarrollo de las funciones del cargo de concejal, dada la incidencia que los datos contenidos en este Registro tenían en el ámbito particular e íntimo de las personas afectadas, lo que exigía que su publicidad fuera restringida, con el objeto de evitar intromisiones ilegítimas⁴¹.

En la actualidad, tras la reforma del artículo 75 de la LRBRL operada por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, ambos registros son públicos por expresa declaración del legislador, no planteándose ya, en consecuencia, estos problemas interpretativos⁴².

Si bien el régimen que acabamos de apuntar es el de carácter general, también hemos de recordar que mediante el artículo 6 de la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los ayuntamientos y la seguridad de los concejales, se modificó este artículo con el objeto de permitir que los miembros de las corporaciones locales que consideraran, en virtud de su cargo, amenazada su seguridad personal o la de sus bienes o negocios, así como la de sus familiares, socios, empleados o personas con quienes tuvieran relación económica o profesional, pudieran realizar sus declaraciones ante la secretaría de la diputación provincial o, en su caso, ante el órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente, a efectos de su inscripción en los registros provinciales especiales creados al efecto, aunque con motivo de la reforma posteriormente operada en este precepto por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, esta posibilidad se limitó a la declaración de bienes patrimoniales, pero no a la de causas de posible incompatibilidad y actividades.

En consecuencia, los concejales que hagan uso de este procedimiento especial, únicamente tendrán que presentar en su ayuntamiento la declaración de causas de posible incompatibilidad y actividades, y una certificación sim-

41. Es cierto que en esta sentencia se trataba de un supuesto en el que el peticionario tenía una cualificación especial, al ser concejal de la propia corporación y ostentar, en consecuencia, el derecho fundamental a que se refiere el artículo 23.1 de nuestro texto constitucional, pero también es cierto que, conjugando esta doctrina con las previsiones contenidas en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, nada obstaba entonces a que existieran otros titulares de derechos que pudieran ostentar la condición de interesados y reclamar su acceso discriminado a este Registro.

42. En cambio, en el artículo 56 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña, únicamente se establece el carácter público del Registro de actividades, remitiéndose, respecto del acceso al de bienes patrimoniales e intereses, a su normativa específica, sin perjuicio de la necesidad de hacer pública una declaración que indique la situación patrimonial de los afectados, que no ha de incluir los datos de su localización ni aquellos que resulten necesarios para salvaguardar la privacidad y seguridad de sus titulares.

ple y sucinta del encargado del Registro provincial, acreditativa de haber cumplimentado en esta Administración su declaración de bienes patrimoniales y de que esta se encuentra inscrita en el Registro especial de bienes patrimoniales de la diputación.

3.1.2

Preparación de la documentación necesaria para efectuar el arqueo extraordinario y la comprobación del inventario de bienes

Otra de las actividades preliminares a la sesión constitutiva que se tiene que desarrollar en los municipios, es la prevista por el artículo 36 del ROF, que encarga a los secretarios y a los interventores de las corporaciones locales la obligación de adoptar las medidas precisas para que el día de la constitución de la nueva corporación se efectúe un arqueo y estén preparados y actualizados los justificantes de las existencias en metálico o valores propios de la corporación, depositados en la caja municipal o entidades bancarias, así como la documentación relativa al inventario del patrimonio de la corporación y de sus organismos autónomos.

Esta disposición, por lo que se refiere al inventario, tiene por objeto dar cumplimiento a lo previsto por el artículo 86 del TRRL⁴³, que establece que el inventario de bienes y derechos se ha de comprobar siempre que se renueve la corporación⁴⁴. En cambio, por lo que se refiere a la contabilidad, si bien la regla 62 de la Instrucción de Contabilidad vigente con anterioridad a las del 2004 preveía que con este motivo se tenía que ejecutar un arqueo extraordinario de los fondos municipales existentes en aquella fecha, en cambio, tanto las instrucciones de contabilidad aprobadas en 2004 como las actuales instrucciones de contabilidad⁴⁵ no contienen ninguna previsión al respecto, a pesar de lo cual es una tradición en la vida local efectuar un arqueo extraordinario, que consiste en un acta levantada con la presencia y firma de los al-

43. En el mismo sentido, los artículos 33 y 34 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, y, respecto a Cataluña, el artículo 222 de la TRLMC y el artículo 104 del Reglamento de Patrimonio de los Entes Locales, aprobado por el Decreto 336/1988, de 17 de octubre.

44. Algunas legislaciones autonómicas imponen idéntica obligación a los organismos autónomos locales, como ocurre en Cataluña, donde esta previsión se contempla en el artículo 105 del RPELC.

45. Actualmente están aprobadas por las disposiciones siguientes:

- La Orden HAP/1781/2013, de 20 de septiembre, aprueba la Instrucción del modelo normal de contabilidad local.
- La Orden HAP/1782/2013, de 20 de setembre, aprueba la Instrucción del modelo simplificado de contabilidad local.

caldes entrante y saliente, del tesorero y del interventor, en la que se deja constancia del resultado de la comprobación de los libros de contabilidad de la Intervención con los de la Tesorería, y de los justificantes de las existencias en metálico y en valores propios de la corporación, depositados tanto en la caja municipal como en entidades bancarias.

La comprobación del inventario, por su parte, comporta el examen de este documento, el de su última rectificación y el de los acuerdos posteriores que hayan producido alteraciones en el mismo, y exige dejar constancia de haberla realizado mediante diligencia del secretario al final del inventario, con la posibilidad de levantar un acta adicional, autorizada por este, a fin de establecer las responsabilidades que se puedan derivar para los miembros de la corporación saliente y, en su día, para los de la entrante⁴⁶.

Para facilitar la operación anterior, en la medida en que existe la obligación legal de rectificar este inventario con carácter anual, con referencia a las variaciones que se hayan producido durante este período, pero sin fecha fija, sería recomendable establecer como criterio que las rectificaciones anuales se produjeran no tanto por años naturales, sino de manera que se aprueben por el pleno de la corporación durante los meses de mayo de cada año, con el objeto de que la finalización del mandato coincida, prácticamente, con la rectificación del inventario, evitándose de esta manera la existencia de acuerdos posteriores que lo alteren, a fin de facilitar el acto de su comprobación.

3.1.3

Convocatoria de la sesión constitutiva

A diferencia de la legislación anterior, en la que el artículo 2.1 del Real Decreto 1169/1983, de 4 de mayo, por el que se dictan normas para la constitución de las Corporaciones Locales, establecía expresamente que la sesión extraordinaria no requería convocatoria formal, así como la fecha y la hora en que esta tenía que celebrarse, en la legislación actual esta cuestión no está resuelta en ningún precepto legal específico, ya que el artículo 195 de la LOREG se limita a establecer, de manera clara y terminante, el día de la constitución —el vigésimo posterior a la celebración de las elecciones si no se ha presentado recurso contencioso electoral contra la proclamación de concejales electos; de lo contrario, el cuadragésimo—, pero no la hora de su celebración, lo que ha planteado algunos problemas y ha dado lugar a interpretaciones diversas.

46. Artículos 33 del RBEL y 104 del RPELC.

Para intentar solventar este problema, se efectuó en su momento una consulta a la Junta Electoral Central, que, mediante su acuerdo de 5 de junio de 1987, se inhibió de resolver, por considerar que esta laguna no era una cuestión de régimen electoral, sino de régimen local, y que, por tanto, tenía que resolverse por el Gobierno.

Quizá por ello, días más tarde, concretamente el 22 de junio del mismo año, la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas dictó una circular proponiendo como solución que la convocatoria se efectuara por el alcalde saliente; en su defecto, que los concejales electos, bien directamente, bien a través de los cabezas de lista, fijaran la hora; si ello tampoco era posible, que esta se fijara por el secretario de la corporación, previa consulta con los cabezas de lista; y en defecto de todas estas soluciones, que la sesión constitutiva se celebrara a las 12 de la mañana.

Pero esta circular fue objeto, en su momento, de importantes críticas, por entender que el alcalde saliente no podía convocar a una corporación de la que podía no formar parte, y por el hecho de que las funciones de los secretarios son de fe pública y, como tales, les corresponde notificar los actos emanados de los órganos decisorios, pero nunca adoptarlos personalmente, ni con consulta previa ni sin ella.

Ante esta situación, durante los últimos años las soluciones a este problema han sido diversas, y mientras en la Comunidad Autónoma de Canarias el tema quedó correctamente resuelto por el artículo 111 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, que estableció que los electos se reunieran, sin necesidad de previa convocatoria, a las 11 de la mañana del día previsto para la constitución, en la Comunidad Autónoma catalana en alguna ocasión, como sucedió en el año 1991 con la Orden de 10 de junio de 1991 del *Departament de Governació* de la *Generalitat*, se estableció que la constitución de los ayuntamientos tendría lugar el día fijado por la legislación electoral a las 12 de la mañana.

Esta última solución no era muy ortodoxa, en la medida en que la *Generalitat* no tiene competencias para efectuar esta convocatoria, porque si bien tiene competencias legislativas para regular el régimen local, en cambio no es una orden del *conseller* la norma de rango adecuado para llevar a cabo esta regulación, pero lo cierto es que en su momento fue muy operativa. Prueba de ello la constituye el hecho de que, en la práctica, no todos los ayuntamientos catalanes se constituyen a la misma hora.

Por ello, las soluciones que vemos más plausibles cuando la legislación autonómica nada establece, son, o bien incorporar esta precisión en el ROM, que es a mi juicio la más correcta, o, en su defecto, acudir a lo previsto por el artículo 2 del Real Decreto 561/1979, de 16 de marzo, que establece que

los concejales electos se reunirán, sin necesidad de previa convocatoria, a las 11 horas de la mañana en el salón de sesiones de la respectiva casa consistorial, pues si bien esta norma es anterior a la entrada en vigor de la LOREG, también es cierto que en este aspecto se podría considerar en vigor, en la medida en que no se opone a lo establecido en la legislación electoral, y la disposición derogatoria de la LOREG derogaba únicamente las disposiciones anteriores que se hallaban en estas circunstancias; o, como última posibilidad, que los diferentes grupos políticos que hayan obtenido representación en los municipios, a través de sus cabezas de lista, acuerden la hora de su celebración, con comunicación expresa de este extremo al secretario de la corporación o ante la presencia del mismo.

Lo que sí es evidente es que, a la vista de lo dispuesto por el artículo 195 de la LOREG, nos encontramos ante una sesión que se convoca por ministerio de la ley, sin necesidad de efectuar convocatoria expresa.

3.1.4

Aportación de credenciales al ayuntamiento

Según el artículo 108 de la LOREG, las Juntas Electorales de Zona extenderán, por triplicado, el acta de proclamación de electos, uno de los ejemplares de la cual se remitirá a la corporación local afectada, librándose copia certificada a los representantes de las candidaturas que lo soliciten y expidiendo a los electos credenciales de su proclamación.

La copia certificada del acta de escrutinio se remitirá a la corporación local con carácter previo al día de la constitución de la nueva corporación, a efectos de que, en este acto, se pueda verificar la personalidad de los concejales electos que vayan a tomar posesión de sus cargos⁴⁷, previa verificación de sus credenciales.

Por ello, la expedición de estas credenciales a favor de los concejales electos y su libramiento se han de producir inmediatamente después del acuerdo de proclamación, sin que la interposición que, eventualmente, pudiese producirse del correspondiente recurso contencioso electoral, suspenda este deber de expedición, ya que, como ha señalado la Junta Electoral Central en su acuerdo de 12 de junio de 1991, aun así conservan su consideración de electos, y, de hecho, disponer de la credencial acreditativa de la proclamación

47. La STS de 21 de febrero de 2007 (Ar. 2490) deja claro que la credencial es el documento determinante para acreditar la condición de electo.

es presupuesto indispensable para que su condición de electos se perfeccione⁴⁸.

Una vez los concejales electos dispongan de estas credenciales, y con anterioridad a la sesión constitutiva, a ser posible, han de presentar su credencial ante el secretario de la corporación, tal y como de forma expresa preceptúa el artículo 7 del ROF, correspondiendo a la corporación, y a su secretario en nombre de esta, la custodia y conservación de este documento⁴⁹, con el objeto de que, con mayor tranquilidad que la propia de la sesión constitutiva, se contraste con el acta de proclamación, para facilitar la función de la Mesa de edad que actuará en la sesión constitutiva, ya que, como también ha señalado la Junta Electoral Central en su acuerdo de 19 de octubre de 1992, este acto de constatación entre la credencial, previa acreditación de la personalidad del electo con el DNI, y el acta de proclamación, es suficiente garantía para hacer efectivo el derecho de acceso a este cargo público.

3.2 Sesión constitutiva

Efectuados los trámites preliminares a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior, el vigésimo día posterior a la elección, si no se ha interpuesto recurso contencioso electoral, se celebra la sesión constitutiva, que tiene por objeto que los miembros electos tomen posesión de sus cargos y procedan a la elección del alcalde.

Para llevar a cabo esta actividad la LOREG arbitra un mínimo procedimiento, cuyas características fundamentales son las siguientes:

3.2.1 Constitución de la Mesa de edad

El artículo 195.2 de la LOREG establece que, para el desarrollo de la sesión constitutiva, es necesario que se constituya, en primer lugar, una Mesa de edad, integrada por los concejales electos de mayor y menor edad presentes en el acto, de la que actuará como secretario el que lo sea de la corporación. Esta Mesa tendrá como misión la comprobación de las credenciales presenta-

48. Acuerdo de la Junta Electoral Central de 15 de julio de 1994.

49. Acuerdo de la Junta Electoral Central de 30 de enero de 1987.

das o acreditaciones de personalidad de los electos, en base a las certificaciones que la Junta Electoral de Zona hubiera enviado al ayuntamiento.

Con ello, la Ley ha arbitrado un criterio objetivo de designación de los miembros que hayan de constituir esta Mesa, el de la edad, para hacer efectivo el principio de igualdad de los electos, no otorgando a ninguno de ellos funciones de presidencia de la sesión, a pesar de que es tradicional que actúe como tal el de mayor edad, que normalmente asume la dirección inicial de esta sesión constitutiva⁵⁰.

La composición de esta Mesa de edad no se puede conocer hasta el mismo momento de la sesión constitutiva, ya que no la componen los concejales electos de mayor y menor edad, sino los concejales electos de mayor y menor edad que se encuentren presentes en la sesión. Esta es la razón por la que corresponde al secretario de la corporación, en funciones de secretario de la Mesa, llamar al estrado, al inicio de la sesión, a los electos de mayor y menor edad, y si no están presentes en la sesión, a los siguientes electos de estas características, hasta que esta Mesa quede constituida.

3.2.2 Comprobación de credenciales

Constituida la Mesa de edad en los términos expuestos, esta, en sesión pública, comprueba las credenciales de los electos que hayan comparecido a la sesión para tomar posesión del cargo, confrontando estas credenciales con el certificado expedido por la Junta Electoral de Zona y comprobando, con un documento fehaciente que incorpore fotografía –DNI, pasaporte o carnet de conducir–, la personalidad de los comparecientes.

Esta operación, como ya hemos señalado con anterioridad, le habrá sido facilitada por el secretario de la corporación previamente a la celebración de la sesión, lo que redundará en una mayor fluidez de esta.

Pero las funciones de la Mesa de edad no se acaban con las comprobaciones anteriores, ya que también le corresponden las siguientes:

- Presidir el acto de toma de posesión de los concejales.
- Declarar constituida la corporación, si concurren la mayoría absoluta de los concejales electos, o levantar la sesión, en caso contrario (art. 195.4 de la LOREG y 37.4 del ROF).

50. Algunos ROM así lo establecen de forma expresa.

- Proclamar al alcalde que resulte escogido por la mayoría o, en su defecto, al cabeza de la lista más votada (art. 196 de la LOREG).
- Presidir el sorteo y proclamar al alcalde resultante, en caso de empate entre dos listas (art. 196 de la LOREG).
- Presidir el acto de toma de posesión del alcalde, ya sea en la sesión de constitución o en sesión extraordinaria celebrada al efecto a las 48 horas de la sesión constitutiva (art. 40.3 del ROF).
- Requerir al alcalde proclamado ausente para que tome posesión en este plazo (art. 40.3 del ROF).
- Declarar vacante la alcaldía por renuncia tácita del proclamado que no comparezca a tomar posesión en el plazo anteriormente señalado, y, ante la inexistencia de presidente, ni tan siquiera en funciones, convocar la sesión extraordinaria para la proclamación de nuevo alcalde prevista por el artículo 198 de la LOREG, en concordancia con el art. 40 del ROF.

Bien es cierto que algunas de estas funciones no se las otorga expresamente la legislación vigente, pero una lógica interpretación de la misma nos lleva a esta única solución, en unos casos porque es consecuencia lógica de sus funciones expresas, como la presidencia del acto de toma de posesión de los regidores electos, pues, sin hacerse efectiva esta, difícilmente puede declararse constituida la corporación, y, en otros, porque es la única solución posible ante las lagunas de la LOREG y de la legislación de régimen local, como requerir al alcalde proclamado que no esté presente en la sesión para que tome posesión del cargo, o declarar vacante la alcaldía, si no se produce esta toma de posesión, así como convocar la sesión extraordinaria del pleno para cubrir la vacante.

3.2.3

Juramento o promesa de acatamiento a la Constitución

Comprobadas las credenciales de los electos, dice el artículo 195 de la LOREG que, si concurre la mayoría absoluta de estos, la Mesa declarará constituida la corporación, pero lo cierto es que, con carácter previo, estos concejales electos han de formular su juramento o promesa de acatar la Constitución.

Si bien en el precepto de la LOREG que regula la sesión constitutiva no está previsto este requisito, y en la legislación de régimen local únicamente lo está respecto de la figura del alcalde, en el art. 8 del TRRL, que según su disposición final 7.1.a) tiene carácter básico, lo cierto es que sí lo está, con carácter general, en el art. 108.8 de la LOREG, cuando establece que los candidatos electos, en el momento de tomar posesión y para adquirir la plena

condición de sus cargos, han de jurar o prometer acatamiento a la Constitución.

Y ello porque, al estar integrado este precepto en su Título I, que establece las disposiciones comunes a todas las clases de elecciones, resulta aplicable a los cargos electos locales sin ningún género de dudas, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a la entrada en vigor de la LOREG, en la medida en que, al no contener la Ley de Elecciones Locales de 1978 ninguna previsión al respecto, la única norma que imponía la obligación de que los concejales realizasen este juramento o promesa de acatamiento del cargo era el Real Decreto 707/79, de 5 de abril, en el que se establece la fórmula de juramento o promesa a adoptar, que también es aplicable a los funcionarios públicos, y ello porque, como claramente señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 8/85, de 25 de enero, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 23 de la Constitución, este requisito solamente podía establecerse mediante una norma con rango de ley, nunca de forma exclusiva por una norma de carácter reglamentario como tiene este Real Decreto. Y este fue el motivo por el que más adelante el Tribunal Supremo⁵¹ declaró nulo el referido precepto del citado Real Decreto, en cuanto imponía esta obligación.

En consecuencia, la formulación de este juramento o promesa es un requisito indispensable para que los electos adquieran la plena posesión de sus cargos, aunque, como ha señalado la Junta Electoral Central en su acuerdo de 26 de noviembre de 1990, su omisión no es causa de pérdida de la condición de concejal electo, porque ni la legislación electoral ni la de régimen local establecen un plazo preclusivo para la toma de posesión del cargo, aunque, al no adquirir la plenitud de su cargo, tampoco podrá participar en la elección del alcalde.

A pesar de que hoy no se cuestiona la necesidad de formulación de este juramento o promesa de acatamiento a la Constitución por parte de todos los cargos públicos, en su momento sí fue objeto de controversia, y de hecho dio lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional 101/83, de 18 de noviembre, dictada como consecuencia del recurso interpuesto por dos diputados que habían cuestionado esta exigencia respecto del Reglamento del Congreso.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional entiende que la exigencia del requisito de juramento o promesa del cargo es absolutamente constitucional, por considerar que, a diferencia de los ciudadanos, a los que la Constitución impone un deber negativo de abstenerse de cualquier actuación que la pueda vulnerar, a los poderes públicos les impone un deber positivo de reali-

51. Sentencia de 29 de mayo de 1985 (Ar. 2632).

zar sus funciones de acuerdo con la Constitución, lo que comporta la necesidad de que, con carácter previo al acceso al cargo, manifiesten esta promesa o juramento de acatarla, lo cual no supone, necesariamente, como ha señalado el Tribunal Constitucional, una adhesión ideológica o una conformidad total con su contenido.

Prueba de ello es que, posteriormente, el Tribunal Constitucional⁵² estimó que, aun con la adición a la fórmula legal de promesa o juramento de acatamiento a la Constitución de la manifestación de que se realizaba por imperativo legal, se cumplía con este requisito, por entender que la incorporación de esta expresión no implicaba una condición, reserva o limitación, sino solamente el interés de precisar que su acatamiento no era el resultado de una decisión espontánea, sino de la simple voluntad de cumplir un requisito que la ley impone, entendiendo que este añadido no tiene relevancia suficiente para vaciar de contenido el compromiso adquirido de respeto a la Constitución y al modelo democrático que esta representa.

Lo cierto es que esta sentencia del Tribunal Constitucional fue ampliamente criticada en su momento, ya que antes de llegar a la conclusión anterior, a lo largo de sus fundamentos jurídicos se había afirmado que estos añadidos no serían posibles, únicamente, cuando con ellos se desnaturalizara o vaciara de contenido el acatamiento, mediante fórmulas que supongan un fraude de ley o priven de sentido al propio acatamiento.

Pero no es el añadido “por imperativo legal” la única adición que en la práctica se ha realizado a esta fórmula, ya que, recientemente, la Junta Electoral Central⁵³ se ha pronunciado en el sentido de considerar ajustada a la doctrina constitucional la promesa de acatar la Constitución “hasta que el pueblo recupere la soberanía y pueda iniciar procesos constituyentes”.

En cambio, en una decisión anterior⁵⁴, la Junta Electoral Central no había considerado constitucional la fórmula: “Prometo por imperativo legal respetar la Constitución del Reino de España y el Estatuto de Autonomía de Catalunya con el objetivo de derogarlos para la constitución del Estado Independiente de la República de Catalunya”, como tampoco consideró constitucional, posteriormente⁵⁵, la fórmula: “Por expresión democrática de la voluntad ciudadana, anuncio que quedo a disposición del nuevo Parlamento, del presidente y del Gobierno de la Generalitat de Catalunya que surja de las eleccio-

52. STC 74/91, de 8 de abril.

53. Acuerdo de la JEC de 5 de marzo de 2015 adoptado respecto de la toma de posesión como diputado del Parlamento Europeo de un candidato electo de la candidatura de PODEMOS.

54. Acuerdo de la JEC de 27 de octubre de 2011.

55. Acuerdo de la JEC de 24 de mayo de 2015.

nes del 27 de septiembre de 2015, para ejercer la autodeterminación de nuestro pueblo y proclamar, conjuntamente con todas las instituciones, el Estado catalán, libre y soberano”.

También es bastante habitual en muchas corporaciones locales que a la fórmula legal de juramento o promesa de acatamiento a la Constitución se añada el juramento o promesa de acatamiento al estatuto de autonomía correspondiente, circunstancia que deriva no tanto de una previsión legal concreta referida a la forma de realizar este acatamiento en el ámbito local, sino de la importación de una previsión en tal sentido respecto de los cargos autonómicos, ya que son muchas las leyes y normas autonómicas que así lo prevén⁵⁶.

Pero a la vista de la jurisprudencia ya comentada que ha sentado el Tribunal Constitucional en relación con estas adiciones, no es necesario hacer ningún comentario para entender perfectamente ajustado a derecho que, aunque no existe la obligación legal de que los concejales tengan que jurar o prometer acatamiento al estatuto de autonomía correspondiente, esta adición, en ningún caso, comprometería el acatamiento prestado a la Constitución, en la medida en que estos estatutos han sido aprobados dentro del marco de nuestra Norma fundamental y forman parte del bloque de constitucionalidad.

Con independencia de todo ello y sin perjuicio de las adiciones que a ella se incorporen, este acatamiento a la Constitución se ha de efectuar utilizando la fórmula prevista en el artículo 1 del Real Decreto 707/1979, de 5 de abril, cuyo texto es el siguiente: “¿Juráis o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente las obligaciones del cargo..... con lealtad al Rey, y guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado?”.

Esta pregunta ha de ser contestada de forma afirmativa por el afectado, especificando si jura o promete, con la posibilidad de que se pueda sustituir por el juramento o promesa prestado personalmente por quien va a tomar posesión.

Por último, y por lo que se refiere al juramento o promesa de acatamiento a la Constitución, una única cuestión nos queda por resolver, y es la relativa a si este acatamiento se ha de producir por parte de los concejales electos ante la Mesa de edad, o por el contrario, como en su momento entendió una parte de la doctrina encabezada por CAZORLA PRIETO, en sus comentarios a la Ley

56. Entre otros, artículo 16 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, artículo 5 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, y artículo 4 del Reglamento de la Asamblea Regional de Cantabria, conteniéndose previsiones similares, en general, en las normas reguladoras de los órganos parlamentarios de la inmensa mayoría de las comunidades autónomas.

Electoral, este juramento o promesa se ha de producir una vez declarada constituida la corporación y elegido el alcalde, ante este, por entender que a nadie más que al alcalde corresponde tomar el juramento a los concejales.

En defensa de esta tesis se alegaba que en los reglamentos de las Cámaras, tanto del Congreso como del Senado, el juramento o promesa se hacía ante el presidente de la Cámara, una vez escogida la Mesa en la sesión constitutiva.

No obstante, aun aceptando que entre las funciones expresas que la LOREG otorga a la Mesa de edad no se contiene la de tomar juramento o promesa del cargo a los concejales, yo me decanto por la solución contraria, en primer lugar porque difícilmente, si no se ha cumplido uno de los requisitos básicos para que los concejales electos adquieran la plenitud de sus cargos, el acatamiento a la Constitución, se podrá declarar constituido el ayuntamiento, y en segundo lugar porque, sin haber tomado posesión de su cargo, al no haber formulado este acatamiento constitucional, tampoco podrán hacer ningún ejercicio del mismo, ni votar la elección del alcalde, que tiene lugar acto seguido.

3.3

Elección del alcalde o alcaldesa

Realizadas las actividades anteriores y constituido el nuevo ayuntamiento, los únicos acuerdos que se pueden adoptar en esta sesión constitutiva, a la vista de lo que dispone el artículo 196 de la LOREG, son los relativos a la elección del alcalde por parte de los concejales que acaban de adquirir la plena condición como tales.

No obstante, con carácter previo a analizar la configuración de este procedimiento de elección en nuestro derecho positivo vigente, resulta necesario, para comprender las previsiones actuales, analizar la evolución histórica que se ha producido en nuestro país en torno a esta cuestión.

3.3.1

Antecedentes históricos

Si bien, en la Constitución de 1812, el alcalde es primordialmente una institución electiva, cuya legitimidad radica en el asentimiento de la propia comunidad vecinal que conforma en concejo abierto, también es cierto que en la evolución posterior la figura del alcalde adquiere diversos condicionamientos

que van a afectar a su forma de elección, en la medida en que, si bien es la primera autoridad local, también es el agente del Gobierno en el municipio. Esta situación subyace en toda la legislación de principios del siglo XIX, hasta incorporarse expresamente al texto de la Constitución de 1845, en la que se realiza una regulación diferente del alcalde y del ayuntamiento, como dos elementos distintos dentro de la organización del municipio, a los que se da un trato constitucional diferente, dejando el procedimiento de electividad por los vecinos únicamente para el ayuntamiento.

Estas previsiones constitucionales se recogen posteriormente en la Ley Municipal de 8 de enero de 1845, con la previsión de que el poder central podrá designar su delegado entre los concejales, siempre y cuando alguno de ellos le inspire la confianza suficiente, pudiendo, de lo contrario, nombrar este delegado a través de la figura del corregidor.

Con el paso de los años, en la Ley Municipal de 1877 se consolida el régimen de las dos confianzas para la elección del alcalde en los municipios de más de 6000 habitantes, quedando la elección democrática únicamente referida a la elección de los alcaldes de municipios menores⁵⁷.

No es hasta el Estatuto Municipal de 1924 cuando se residencia en los concejales la potestad para escoger al alcalde. De hecho es en el mismo Estatuto en el que se dejan sin efecto las funciones del alcalde como delegado del Gobierno en el término municipal. Esta previsión se mantuvo en la Ley Municipal de 1935, que añadía que para que el alcalde fuera escogido por los vecinos se había de pedir así por el número máximo de electores que pudiera solicitar referéndum municipal, ya que, de lo contrario, sería escogido por el propio ayuntamiento.

Este esquema se fracturó definitivamente con la Ley de Bases del Régimen Local de 17 de julio de 1945, que volvió a la designación gubernativa de este cargo, que pasaba a depender directamente del gobernador civil y a ostentar paralelamente el cargo de jefe local del Movimiento en el municipio, hasta que con la promulgación de la Ley de Elecciones Locales de 17 de julio de 1978 se vuelve al sistema anterior de elección del alcalde por los concejales, que además implicaba, necesariamente, que el alcalde hubiera de tener la condición de concejal.

Este sistema, no obstante, exigía un quórum determinado para su elección, concretamente el de la mayoría absoluta, con el objeto de dotar de una cierta estabilidad a las corporaciones locales, como consecuencia de la entrada en el escenario político de la legalización de los partidos, seguramente

57. Tomás Ramón FERNÁNDEZ y Alfonso SANTAMARÍA, *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977.

pensando, bien en que el alcalde elegido estuviera amparado por su propio grupo político cuando este hubiera obtenido la mayoría absoluta de la representación plenaria, bien en que se viera obligado a realizar pactos con otros partidos para poder ser escogido alcalde, previa negociación y pacto también sobre el programa a desarrollar durante el mandato, si no la hubiera obtenido.

3.3.2 Regulación vigente

Es precisamente el sistema previsto en la Ley de Elecciones Locales de 1978 el que ha inspirado el sistema actual, en la medida en que en el artículo 140 de la Constitución se establecen dos posibilidades respecto a la elección de los alcaldes, al disponerse que estos serán escogidos por los concejales o por los vecinos.

De estas dos opciones, y a pesar de las aspiraciones de una parte de la doctrina, que preconiza la necesidad de que sea proclamado alcalde, por ministerio de la ley, el cabeza de la lista más votada, el artículo 196 de la LOREG optó, con carácter general, por el primer sistema, reservando el sistema de elección vecinal para los alcaldes de los municipios que funcionen en régimen de *concejo* abierto y para los alcaldes pedáneos de las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio⁵⁸, aunque lo cierto es que se trata de una cuestión que aún no podemos considerar cerrada, ya que cada vez se defiende con mayor énfasis, si cabe, la necesidad de reformar la LOREG para dar cabida a dicho sistema legal de elección de alcalde.

Prescindiendo de las consideraciones y aspiraciones doctrinales anteriores, y circunscribiéndonos al régimen común, la elección del alcalde se encuentra regulada en estos momentos por el artículo 196 de la LOREG, en el que se prevé que el alcalde será elegido por los concejales, de entre los mismos, de acuerdo con el siguiente esquema:

- Únicamente pueden ser candidatos los concejales que encabezen sus correspondientes listas.
- Para ser proclamado alcalde electo es necesario que el candidato obtenga la mayoría absoluta de votos en una única votación.
- De no obtenerse esta mayoría por ninguno de los candidatos propuestos, será proclamado alcalde, sin necesidad de realizar una segunda votación, el concejal que encabece la lista que haya obtenido el mayor número de

58. Artículos 179.2, 199.2 y 200 de la LOREG.

votos populares en el correspondiente municipio, resolviéndose los empates que se puedan producir mediante un sorteo.

En consecuencia, tal y como señaló en su momento la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁹, se trata de una elección de segundo grado, que incorpora, en cierta manera, un sistema mixto, al contemplarse la previsión de que, si no se obtiene el quórum necesario para elegir al alcalde en una única votación, resultará elegido como tal el candidato de la lista más votada, dando entrada así a la posibilidad de que los electores, cuando elijan a los concejales en el proceso electoral, estén eligiendo a su vez al alcalde.

Las candidaturas a la alcaldía solo pueden ser protagonizadas por los cabezas de cada una de las listas concurrentes a las elecciones que hayan obtenido representación municipal, lo que no quiere decir que estos tengan que concurrir necesariamente a tal elección, ya que la presentación de candidatura a alcalde es voluntaria y no va indisolublemente unida a la condición de cabeza de lista.

Este principio solamente tiene una excepción en nuestro derecho, ya que permite que cualquier concejal pueda ser candidato a alcalde cuando esta renovación se produzca como consecuencia de una moción de censura⁶⁰.

No obstante, en la práctica, existe la posibilidad de propiciar que el candidato a alcalde no sea cabeza de su lista, en la medida en que se viene admitiendo sin ningún problema la renuncia inmediata del alcalde escogido, lo que produce la consecuencia de que, en la medida en que la renuncia a alcalde no implica necesariamente la renuncia a la condición de regidor⁶¹, el alcalde cesante pasa a constituir el último puesto de su lista, asumiendo la cabecera de la misma el siguiente que, en consecuencia, adquiere el requisito legal necesario para poder ser candidato⁶².

En mi opinión, esta práctica no deja de suponer un fraude de ley, y en este sentido se manifestaron inicialmente algunos tribunales, en particular la Audiencia de Bilbao en su sentencia de 18 de agosto de 1980, aunque en relación con la Ley de Elecciones Locales anterior, en la que este Tribunal recordaba las previsiones contenidas en el artículo 6 del Código Civil sobre el fraude de ley y la doctrina de otras sentencias anteriores del Tribunal Supremo en el mismo sentido, pero lo cierto es que actualmente es una práctica generalmente admitida y consolidada.

59. STS de 15 de marzo de 1986 (Ar. 1090).

60. Artículos 197 de la LOREG, 22.3 de la LRBRL y 108 del ROF.

61. Acuerdo de la Junta Electoral Central de 25 de marzo de 1980.

62. Acuerdo de la Junta Electoral Central de 27 de marzo de 1992.

Presentadas las candidaturas, será proclamado alcalde el candidato que obtenga la mayoría absoluta de votos, aunque esta elección no será necesaria, por razones obvias, cuando solo una única lista haya obtenido representación municipal en las elecciones, tal y como también ha entendido la Junta Electoral Central en su acuerdo de 16 de marzo de 1979.

En relación con la elección del alcalde, lo que sí se ha venido suscitando por la doctrina es el hecho de que, al tratarse de una elección regulada por la LOREG, el procedimiento de votación tenía que ser secreto, criterio con el que no coincide, por entender que la LOREG no establece un régimen de votación específico para la elección del alcalde, y resulta, por tanto, aplicable lo dispuesto con carácter general por el artículo 102 del ROF, que, tras señalar que el sistema normal de votación del Pleno es la votación ordinaria, contempla de forma expresa la posibilidad de utilizar la votación secreta para la elección o destitución de personas.

No obstante, algún sector doctrinal disiente de esta interpretación, por considerar que este precepto del ROF se opone o excede de las previsiones de la LRBRL, en concreto de sus artículos 46.2.d) y 70, que, tras prever dos únicas clases de votaciones, la ordinaria y la nominal, contienen la previsión de que únicamente sean secretos en el Pleno el debate y la votación de los 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.

A pesar de ello, entiendo que la previsión del ROF que venimos comentando viene a completar la Ley, sin oponerse a la misma, y además tiene carácter supletorio respecto de la legislación autonómica y respecto del ROM, a lo que se puede añadir que, en mi opinión, ni el artículo 46.2.b) contiene una lista cerrada de los sistemas de votación que es posible utilizar, que impida que los ROM puedan aplicar las previsiones del ROF, ni con el artículo 70 de la LRBRL se intenta determinar un *numerus clausus* de asuntos que puedan ser objeto de votación secreta, sino una previsión que tiene por objeto contener una excepción al régimen público de las sesiones plenarias.

Por ello, considero que nuestra legislación local ha de ser interpretada en el sentido de que se faculta a la corporación local para adoptar el sistema de votación que crea conveniente dentro del marco legal, pues hay que tener en cuenta que, si bien la LRBRL no regula este aspecto, tampoco lo prohíbe.

En consecuencia entiendo que, por aplicación supletoria del artículo 102 del ROF, la votación para la elección del alcalde puede ser ordinaria, nominal o secreta, en función de lo que establezca al efecto el ROM o de lo que decida

el Pleno corporativo, que podrá optar por la votación secreta al tratarse de un procedimiento de elección de personas⁶³.

Sea cual sea el sistema de votación utilizado, lo cierto es que, de no obtenerse por ningún candidato la mayoría absoluta de votos, será proclamado alcalde electo el cabeza de la lista más votada, aunque no haya presentado su candidatura, y, en caso de empate en el número de votos, el que resulte del sorteo efectuado al efecto.

Realizada la proclamación del alcalde electo por cualquiera de los procedimientos anteriores, este tendrá que proceder a tomar posesión del cargo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 19 del TRRL, prestando para ello el juramento o promesa de acatamiento a la Constitución en los términos expuestos con anterioridad para la toma de posesión del cargo de concejal, ya que el juramento del cargo de concejal no supe al juramento del cargo de alcalde, pues en nuestro sistema legal el juramento o promesa es específico para cada cargo.

La LOREG no prevé, en cambio, el supuesto de que la persona que haya resultado elegida alcalde no esté presente en la sesión, por lo que es a través del artículo 40 del ROF como se solventa esta eventualidad, al disponer que, si no se encuentra presente en la sesión de constitución, será requerido para tomar posesión, en el plazo de 48 horas, ante el Pleno de la corporación, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo sin causa justificada, se estará a lo dispuesto por la legislación electoral para los casos de vacante de la alcaldía.

Se contempla de esta manera una especie de renuncia tácita, que da lugar a la declaración automática de vacante de la alcaldía y que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 198 de la LOREG, genera la apertura de un nuevo procedimiento de elección de alcalde, en los términos previstos por su artículo 96, lo que provoca de nuevo la necesidad de proceder a la celebración de una nueva sesión plenaria dentro de los 10 días siguientes, a partir de la expiración del plazo de las 48 horas a que antes se ha hecho referencia.

63. Así parece entenderlo el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia de 28 de septiembre de 2001 (Ar. 302), y así lo ha entendido, posteriormente, en su sentencia núm. 489 de 26 de junio de 2015.