

**INFORME EMITIDO EN INTERÉS DE
GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA DE HUELVA, S.A.**

Sobre las posibles responsabilidades derivadas de las actuaciones del Ayuntamiento de Valverde del Camino y sus autoridades y personal durante el proceso de separación de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva

Equipo de trabajo
Francisco Hidalgo Álvarez
Eduardo Caruz Arcos

Sevilla, 02 de octubre de 2012

Sumario

1.	Antecedentes.....	2
2.	Consulta	12
3.	Legislación aplicable	16
4.	Alcance de la opinión emitida	17
5.	Resolución.....	18
6.	Conclusión	46

**INFORME EMITIDO EN INTERÉS DE
GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA DE HUELVA, S.A.**

Sobre las posibles responsabilidades derivadas de las actuaciones del Ayuntamiento de Valverde del Camino y sus autoridades y personal durante el proceso de separación de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva

Sevilla, 02 de octubre de 2012

1. Antecedentes

i. Procedimiento establecido por la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva para la separación voluntaria de un municipio respecto de la misma.

- 1.1 En fecha 29 de julio de 2010, el Pleno de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva (en adelante, también, MAS) acordó encomendar a su entidad instrumental, Gestión Integral del Agua de Huelva, S.A. (GIAHSA), por un plazo de 30 años la prestación de los servicios mancomunados relacionados con la gestión integral del ciclo del agua en los municipios integrantes de la Mancomunidad.
- 1.2 En la misma sesión plenaria de 29 de julio de 2010, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de los Estatutos de la Mancomunidad, se adoptó el siguiente acuerdo:

"Establecer como aportación extraordinaria sujeta a la condición suspensiva del ejercicio del derecho de separación por cualquiera de los municipios mancomunados la siguiente:

El municipio mancomunado que ejercite el derecho de separación deberá abonar a la Mancomunidad antes del vencimiento del plazo de otorgamiento de las concesiones demaniales a GIAHSA el importe de:

- a) Canon anticipado correspondiente al periodo de concesión no transcurrido,*
- b) Lucro cesante de GIAHSA cifrado por acuerdo de la Mancomunidad previa audiencia del municipio afectado y que no superará el importe del canon concesional correspondiente al periodo de concesión transcurrido.*

La aportación extraordinaria acordada únicamente será exigible en caso de ejercicio del derecho de separación del municipio antes de transcurrir el periodo establecido para la concesión demanial a GIAHSA. A estos efectos, se considerará ejercitado el derecho de separación mediante la comunicación expresa y formal del mismo a la Mancomunidad o por actos que a juicio del pleno de la misma comporten la voluntad inequívoca del municipio o de sus responsables de separar el municipio de la entidad supramunicipal o de impedir a la Mancomunidad o a su sociedad instrumental el uso pacífico y exclusivo de las infraestructuras municipales precisas para la prestación de los servicios del ciclo integral del agua”.

- 1.3 Mediante Acuerdo del Pleno de la MAS de 12 de noviembre de 2010, se acordó la ampliación de capital social de GIAHSA mediante la aportación de los derechos de explotación del servicio del ciclo integral del agua y del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos de aquéllos municipios que no lo habían aportado con anterioridad por no pertenecer a la Mancomunidad de Aguas “Costa de Huelva”.
- 1.4 Los derechos a aportar y, por tanto, el aumento del capital social de GIAHSA se valoró, mediante un experto independiente designado por el Registrador Mercantil, en 65.962.210,69 €.
- 1.5 Como garantías para la efectividad y estabilidad de dicho aumento de capital se establecieron las siguientes medidas:
 - (a) El compromiso de otorgamiento de concesión administrativa en realización de los derechos activados a los solos efectos de responsabilidad de GIAHSA frente a terceros.
 - (b) El procedimiento de recuperación de los servicios y obligaciones de pago como medida de estabilidad de la gestión de los servicios públicos encomendados a GIAHSA.
- 1.6 Para ello, se acordó que *“en todo caso, se considerará a todos los efectos que la recuperación del servicio del CIA equivale a la separación de la MAS y trae como consecuencia la aplicación de las normas y procedimientos establecidos en los estatutos de la MAS y en la Ley 5/2010, de 11 de junio,*

de Autonomía Local de Andalucía” y que “el municipio en cuestión debe satisfacer a la MAS, para que ésta a su vez lo integre a GIAHSA” las cantidades a las que se encuentre obligado por su separación, debido al destino finalista de las mismas tendentes a garantizar el capital social de GIAHSA y su estabilidad en la prestación de la gestión de los servicios públicos que tiene encomendados.

- 1.7 Para la separación voluntaria de un municipio respecto de la MAS, junto con las previsiones del artículo 31 de los Estatutos de la MAS y de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, se debe atender al procedimiento previsto en las medidas de estabilización del capital social de GIAHSA, adoptadas de conformidad con el referido Acuerdo del Pleno de la MAS de 12 de noviembre de 2010 y recogidas en la escritura de ampliación de capital de GIAHSA otorgada con fecha 24 de diciembre de 2010 ante el Notario de Huelva D. Tomás Giménez Villanueva con el número 2.479 de su protocolo.
- 1.8 Así, el municipio que desee recuperar el servicio mancomunado debe comunicarlo al Presidente de la Mancomunidad, con un preaviso no inferior a seis meses, indicando si desea recuperar uno solo de los servicios o varios. Dado que el ejercicio económico de GIAHSA coincide con el año natural, el municipio que pretenda recuperar el servicio debe comunicarlo en todo caso con antelación al 30 de junio, para hacerse efectivo el 1 de enero del ejercicio siguiente.
- 1.9 En la comunicación que remita el Pleno del municipio debe expresarse, en su caso, si desea que GIAHSA le preste los servicios de suministro y depuración de aguas en alta, siempre que ello sea posible de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente en cada momento.
- 1.10 El municipio que pretenda su separación debe satisfacer a la MAS, para que ésta a su vez lo integre en GIAHSA, las siguientes cantidades en concepto de indemnización:
 - (a) Indemnización fija correspondiente al capital social. El Municipio que recupere un servicio capitalizado, debe pagar a la MAS en concepto

de indemnización por daños y perjuicios correspondientes al capital social una cantidad previamente fijada en función del municipio.

- (b) Indemnización de los gastos derivados de la recuperación del servicio. Una vez producida la comunicación de la recuperación del Servicio, la MAS debe remitir al Municipio una liquidación de la indemnización correspondiente a los gastos derivados de la separación, cuyos criterios de cuantificación se fijaron en la siguiente forma:
 - a) Una cantidad por extinción de contratos de trabajo.
 - b) Una cantidad por extinción de financiación.
 - c) Una cantidad por extinción de otros contratos.
 - d) Una cantidad por otros gastos de separación que sean consecuencia de la recuperación del servicio, incluyendo, los gastos procedimentales de recuperación del servicio.

1.11 El abono de esta indemnización tiene carácter previo y condicionante para la efectividad de la separación.

1.12 Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.1 de los Estatutos de la MAS, para proceder a la separación de un municipio respecto de la Mancomunidad, es necesario que concurren las siguientes circunstancias:

- (a) Que lo solicite la Corporación interesada, previo acuerdo adoptado por mayoría absoluta en el Pleno de la misma.
- (b) Que se encuentre al corriente del pago de sus aportaciones.
- (c) Que abone todos los gastos que se originen con motivo de su separación y la parte del pasivo contraído por la Mancomunidad a su cargo.
- (d) Que haya saldado las deudas que hubiera podido contraer con las sociedades de gestión propias de la Mancomunidad.

1.13 Por su parte, conforme al artículo 76.1 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA):

"1. Ningún municipio puede separarse de la mancomunidad si, habiendo transcurrido el período mínimo de permanencia, mantiene deudas con la misma. A tal efecto, con la solicitud de separación deberá proceder a la liquidación de las deudas que se mantengan, al abono de la parte del pasivo de la mancomunidad que, en ese momento, le sea proporcionalmente imputable, y al pago de los gastos que se deriven de la separación."

ii. Compromisos asumidos por Valverde del Camino con la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva y GIAHSA.

- 1.14 Como medida de estabilidad de la gestión de los servicios públicos encomendados, y en cumplimiento de lo dispuesto en el acuerdo del Pleno de la MAS de 29 de julio de 2010, GIAHSA solicitó a cada uno de los municipios mancomunados el otorgamiento de la concesión demanial de las infraestructuras de su titularidad afectas a la prestación del servicio de abastecimiento de aguas.
- 1.15 El 25 de octubre de 2010, el Pleno del Ayuntamiento de Valverde del Camino acordó *"otorgar a Gestión Integral del Agua de Huelva, S.A." (GIAHSA), entidad instrumental de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva (MAS), la concesión de los bienes de titularidad del municipio afectos a la prestación de los servicios relacionados con el ciclo integral del agua que se recogen en el inventario, que asimismo se aprueba como Anexo I, con arreglo a las condiciones que se recogen como Anexo II del presente Acuerdo, a propuesta del Pleno de la Mancomunidad en sesión celebrada el día 29 de julio de 2010".*
- 1.16 Entre las condiciones que debían recoger los correspondientes títulos se previó que la revocación de la concesión requeriría en todo caso que la entidad concedente pusiera previamente a disposición de la entidad concesionaria los importes anticipados por ésta en concepto de canon concesional correspondientes a ejercicios no vencidos y un 15% anual de los cánones pendientes de cobro en concepto de daños y perjuicios.

- 1.17 El 15 de noviembre de 2010, el Pleno del Ayuntamiento de Valverde del Camino ratificó la efectividad de la aportación al capital de GIAHSA de los derechos de explotación de los servicios relacionados con la gestión integral del ciclo del agua de su municipio, aceptando en toda su extensión los términos de la aportación hecha por la MAS y, en particular, la forma de realización y ejecución sobre el capital mediante el otorgamiento, en su caso, de una concesión de explotación del servicio por 25 años a los solos efectos de responsabilidad de la sociedad frente a terceros, así como para la estabilidad de la referida aportación a lo largo del periodo de duración de la concesión demanial de las infraestructuras municipales afectas a la prestación del servicio.
- 1.18 En la misma fecha de 15 de noviembre de 2010, el Pleno del Ayuntamiento de Valverde del Camino acordó que el municipio permanecería en la MAS al menos el periodo de la concesión demanial (30 años).
- 1.19 El 13 de enero de 2011, se suscribió entre el municipio de Valverde del Camino y GIAHSA el título de concesión demanial de las infraestructuras de propiedad del municipio afectas a la prestación del servicio de abastecimiento de aguas.
- 1.20 Asimismo, en desarrollo de los acuerdo plenarios de 15 de noviembre de 2010, en la misma fecha de 13 de enero de 2011, el Ayuntamiento de Valverde del Camino suscribió con la MAS y GIAHSA un convenio para la estabilidad de la prestación de los servicios mancomunados relacionados con el ciclo integral del agua, así como una Adenda al mismo y al título de concesión demanial.
- 1.21 En fecha 21 de noviembre de 2011, el Pleno del Ayuntamiento de Valverde del Camino adoptó los siguientes Acuerdos:
- (a) Iniciar el procedimiento de declaración de lesividad del acuerdo del Pleno Municipal de 15 de noviembre de 2010, por el que se adoptaron determinadas resoluciones en relación con la permanencia del Municipio en la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva, se efectúan aportaciones extraordinarias al capital social de GIAHSA y se faculta a la Alcaldía a otorgar una concesión demanial a GIAHSA

de los bienes, infraestructuras, instalaciones y redes afectas al servicio público de abastecimiento, saneamiento y depuración de aguas, así como todas aquellas relacionadas con el ciclo integral del agua, y ordena al amparo del artículo 104 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), la suspensión de la ejecución y efectos del Acuerdo del Pleno Municipal de 15 de noviembre de 2010, decretando la recuperación *"por los medios técnicos, jurídicos y personales propios del Ayuntamiento de Valverde del Camino que resulten necesarios, el servicio y los bienes, infraestructuras, instalaciones y redes afectas al servicio público de abastecimiento, saneamiento y depuración de aguas, así como todas aquellas relacionadas con el ciclo integral del agua, así como el servicio de recogida de Residuos Sólidos Urbanos"*.

- (b) Declarar la resolución del convenio suscrito entre la Mancomunidad del Servicios de la Provincia de Huelva, su sociedad instrumental *"Gestión Integral del Agua de Huelva S.A."* [GIAHSA] y el Ayuntamiento de Valverde del Camino para la estabilidad de la prestación de los servicios mancomunados relacionados con el Ciclo Integral del Agua de fecha 13 de enero de 2011, dando por terminada la vigencia y efectos del Convenio.
- (c) Incoar expediente para solicitar y llevar a efecto la separación del Ayuntamiento de Valverde del Camino de la Mancomunidad del Servicios de la Provincia de Huelva; incoar expediente para la modificación de la gestión de los servicios del ciclo integral del agua, alterando la gestión directa por integración en la comunidad, a una gestión indirecta a través de la figura de concesión administrativa mediante contrato administrativo de gestión de servicios públicos; designar una Comisión de Estudio que debía elaborar una Memoria sobre los aspectos sociales, jurídicos, técnicos y financieros de la iniciativa de prestación del servicio a través de la gestión indirecta mediante concesión administrativa; se ordenó a la Secretaría, la Intervención municipal y a los técnicos municipales la obligación de emitir un informe jurídico, económico y técnico respectivamente, a fin de determinar el procedimiento a seguir para llevar a efecto lo anterior, así como sobre la forma de gestión propuesta y sus posibles repercusiones técnicas y económicas; y se aprobó el inicio de los

expedientes de contratación de la gestión de los servicios públicos de abastecimiento de agua saneamiento, recogida de aguas residuales y pluviales y alcantarillado, tratamiento, depuración y transporte de aguas residuales y de la gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos de Valverde del Camino mediante la modalidad de concesión administrativa y ordenó a los Técnicos Municipales la redacción de los correspondientes Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas, así como todos aquellos documentos que debieran integrar los expedientes de contratación.

iii. Separación definitiva del municipio de Valverde del Camino respecto de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva por incumplimiento grave de sus obligaciones.

- 1.22 En fecha 16 de diciembre de 2011, el Pleno del Ayuntamiento de Valverde del Camino acordó: (i) la separación voluntaria del Ayuntamiento de Valverde del Camino de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva, con efectos de 1 de enero de 2012; (ii) solicitar a la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva (MAS) la separación voluntaria y modificar la forma de gestión de los servicios del ciclo integral del agua y de la recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, sustituyendo la actual gestión directa por integración en una Mancomunidad por una gestión indirecta a través de la figura de concesión administrativa mediante contrato administrativo de gestión de servicios públicos.
- 1.23 En fecha 22 de diciembre de 2011, considerando que a partir del 1 de enero de 2012 la MAS dejaría de prestar de manera efectiva tanto el servicio de gestión del ciclo integral del agua como el de residuos sólidos urbanos, la Sra. Alcaldesa de Valverde del Camino dictó sendos Decretos mediante los que resolvió contratar, mediante la tramitación de emergencia, el servicio de abastecimiento de agua saneamiento, recogida de aguas residuales y pluviales y alcantarillado, tratamiento, depuración y transporte de aguas residuales, y el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, comenzando ambas prestaciones el día 1 de enero de 2012.

- 1.24 En fecha 8 de febrero de 2012, el Pleno del Ayuntamiento de Valverde acordó el allanamiento a la demanda interpuesta por la propia Alcaldesa en su condición anterior de concejala en el recurso contencioso-administrativo 314/2011 que se seguía ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Huelva contra los Acuerdos del Pleno del propio Ayuntamiento 15 de noviembre de 2010, de 13 y 17 de enero de 2011 por los que se adoptaron determinadas resoluciones en relación con la permanencia del Municipio en la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva, se efectúan aportaciones extraordinarias al capital social de GIAHSA y se faculta a la Alcaldía a otorgar una concesión demanial a GIAHSA de los bienes, infraestructuras, instalaciones y redes afectas al servicio público de abastecimiento, saneamiento y depuración de aguas, así como todas aquellas relacionadas con el ciclo integral del agua y para la estabilidad de la prestación de los servicios mancomunados relacionados con el Ciclo Integral del Agua.
- 1.25 En fecha 2 de marzo de 2012, el Pleno del Ayuntamiento de Valverde acordó el archivo de las actuaciones encaminadas a la declaración de lesividad del acuerdo del Pleno de 15 de noviembre de 2010.
- 1.26 En fecha 5 de marzo de 2012, el Ayuntamiento de Valverde del Camino solicitó el archivo del recurso nº 989/2011 y la pérdida de eficacia de la medida cautelar adoptada por Auto de 30 de diciembre de 2011.
- 1.27 Mediante Decreto de la Alcaldía de Valverde del Camino de fecha 9 de marzo de 2012, notificado a la MAS el 12 de marzo se acordó: (i) requerir a GIAHSA y a la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva la entrega a los representantes municipales de las instalaciones y dependencias afectas a los servicios municipales de abastecimiento, saneamiento y todos aquellos incluidos en el ciclo integral del agua, a fin de permitir su gestión a una empresa privada, adjudicataria del contrato de gestión de dicho servicio público; (ii) requerir a GIAHSA para que permita la entrada a las citadas instalaciones y dependencias del personal municipal y del concesionario, a fin de garantizar el funcionamiento del servicio sin merma de la calidad y eficiencia; (iii) ordenar que tanto la entrega de las instalaciones como la entrada del contratista en las dependencias vinculadas a la gestión del servicio público de

abastecimiento, saneamiento y resto de servicios vinculados con el ciclo integral del agua se efectuará antes del 15 de marzo de 2012, contando en su caso con la actuación de la Policía Municipal y la secretaría del Ayuntamiento, a fin de llevar a su puro y debido efecto el presente decreto; y (iv) requerir información y documentación a GIAHSA, referente a los contratos de suministros en vigor del ciclo integral del agua, así como de RSU en el municipio de Valverde del Camino.

- 1.28 En la misma fecha de 12 de marzo de 2012, tuvo entrada en el registro de GIAHSA un escrito de la empresa concesionaria por la que se comunica que, tras resultar adjudicatarios de los servicios de abastecimiento, alcantarillado y depuración de las aguas residuales por el procedimiento de emergencia el 22 de diciembre de 2011; el 6 de marzo se les comunicó que el día 15 siguiente iniciarían la gestión de dicho servicio por lo que solicitaron la documentación necesaria para su prestación.
- 1.29 En fecha 15 de marzo de 2012, el Ayuntamiento de Valverde del Camino, conforme a lo dispuesto en su Acuerdo plenario de 16 de diciembre de 2011, realizó los actos de ejecución material que han impedido el uso pacífico y exclusivo de las infraestructuras cedidas a la MAS y la prestación de los servicios del ciclo integral del agua y del ciclo de residuos en dicha localidad.
- 1.30 Mediante Auto de 16 de marzo de 2012 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Huelva se declaró que procedía la finalización del procedimiento ordinario 989/2011 solicitada por el Ayuntamiento de Valverde del Camino por pérdida sobrevenida del objeto y se dejaron sin efecto las medidas cautelares acordadas por Auto de 30 de diciembre de 2011, y mediante dos Autos del mismo juzgado de 19 de marzo de 2012 se denegaron las ampliaciones del recursos contencioso-administrativo solicitadas por la MAS a sendos Acuerdos del Pleno del Ayuntamiento, habilitando a la MAS para su interposición por separado en el plazo de 30 días.
- 1.31 Considerando que la cesación efectiva y forzosa de la prestación de estos servicios en fecha 15 de marzo de 2012 suponía un incumplimiento grave de las obligaciones del municipio de Valverde del Camino, mediante

Decreto de la Presidencia de la MAS, de fecha 3 de abril de 2012 se resolvió lo siguiente:

"1º.- Incoar expediente de separación definitiva del Ayuntamiento de Valverde del Camino por incumplimiento grave de sus obligaciones para con la Mancomunidad.

2º.- Que por los servicios de la entidad se elabore la propuesta de liquidación de la deudas pendientes del Ayuntamiento de Valverde del Camino, de la cual una vez confeccionada se le dará traslado a efectos de conferirle el preceptivo trámite de audiencia.

3º.- Dar traslado del presente Decreto al Ayuntamiento de Valverde del Camino a los efectos oportunos, sin que quepa recurso contra el mismo por tratarse de un acto de trámite".

1.32 En fecha 15 de mayo de 2012, mediante Decreto de la Presidencia de la MAS, notificado al Ayuntamiento de Valverde del Camino el mismo día, se acordó:

"1º.- Formular la propuesta de la liquidación a practicar al Ayuntamiento de Valverde del Camino con motivo del expediente de separación definitiva de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva por incumplimiento grave de sus obligaciones, ascendente a la cantidad de 8.051.572,78 euros.

2º.- Conceder trámite de audiencia al Ayuntamiento de Valverde del Camino por plazo de 15 días hábiles, contados a partir del siguiente al de la recepción de la notificación de este decreto, para que alegue y presente los documentos y justificaciones que estime pertinentes.

3º.- Dar traslado del presente Decreto al Ayuntamiento de Valverde del Camino a los efectos oportunos, sin que quepa recurso contra el mismo por tratarse de un acto de trámite.

4º.- Evacuado el tramite anterior, infórmense en su caso las alegaciones, emítanse los informes preceptivos de Secretaria - Intervención y, si procede, elévese al pleno de la Mancomunidad la propuesta de acuerdo relativa a la separación definitiva del Ayuntamiento de Valverde del Camino de la Mancomunidad por incumplimiento grave de sus obligaciones para con la misma, aprobación de la cantidad que ha de abonar el Ayuntamiento de Valverde a la Mancomunidad, plazo para hacerlo, y penalidades por su incumplimiento, y la solicitud a otras Administraciones para que le detraigan las cantidades oportunas en caso de impago, facultando al Sr. Presidente para el desarrollo y ejecución del acuerdo y en especial para solicitar la retención de las referidas cantidades.”

1.33 El 14 de junio de 2012, el Pleno de la MAS adoptó el siguiente acuerdo:

1º Aprobar la separación definitiva del municipio de Valverde del Camino de la Mancomunidad por incumplimiento grave de sus obligaciones para con la misma.

2º Publicar en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el nuevo anexo de los Estatutos con la relación resultante de los municipios integrantes de la Mancomunidad.

3º Remitir certificación del presente acuerdo al Registro Andaluz de Entidades Locales y al Registro Estatal de Entidades Locales a efectos de la oportuna modificación de la inscripción de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva, de conformidad con lo establecido en los artículos 115 y siguientes del Decreto 185/2005, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Demarcación Municipal de Andalucía y del Registro Andaluz de Entidades Locales, y en los artículos 8 y siguientes del Real Decreto 382/1986, de 10 de febrero, por el que se crea, organiza y regula el funcionamiento del Registro de Entidades Locales, así como en la Orden del Ministerio de Administración Territorial de 3 de junio de 1986.

4º Aprobar la cantidad que ha de abonar el Ayuntamiento de Valverde del Camino a la Mancomunidad como consecuencia de su separación definitiva por importe de 8.051.572,78 euros, conforme a los informes citados en la presente propuesta.

Dicha cantidad tendrá a todos los efectos la consideración de deuda para con la Mancomunidad de las previstas en el artículo 76 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía y en el artículo 31 de sus Estatutos.

5º La referida cantidad resultante de la liquidación practicada deberá ser abonada en el plazo de 2 meses desde la notificación del presente acuerdo, devengando desde dicha fecha el interés legal del dinero incrementado en dos puntos porcentuales.

6º En caso de incumplirse el plazo de 2 meses concedido para el abono de las cantidades resultantes de la liquidación practicada, se aplicarán las penalidades previstas en la letra D) del apartado II.5 del Acuerdo 2º del Pleno de esta Mancomunidad de 12 de noviembre de 2010, consistentes en la aplicación de un recargo sobre las deudas vencidas y no satisfechas, que también tendrá a todos los efectos la consideración de deuda para con la Mancomunidad de las previstas en el artículo 76 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía y en el artículo 31 de sus Estatutos, y que se calculará del siguiente modo:

- Si el retraso en la obligación de pago es inferior a tres meses desde la fecha de vencimiento, el recargo será del 5%.*
- Si el retraso en la obligación de pago es superior a un trimestre e inferior a dos trimestres, el recargo será del 10%.*
- Si el retraso en la obligación de pago es superior a dos trimestres e inferior a tres trimestres, el recargo será del 15%.*
- Si el retraso en la obligación de pago es superior a tres trimestres, el recargo será del 20%.*

Dicha penalidad lo es sin perjuicio del devengo del interés de demora, calculado como interés legal del dinero incrementado en dos puntos porcentuales.

7º Advertir igualmente que, en aplicación del artículo 26.4 de los Estatutos de esta Mancomunidad y del artículo 76.3 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, en caso de impago de las cantidades liquidadas conforme al presente Acuerdo se procederá a solicitar a otras Administraciones la retención y detraimiento de las mismas a favor de esta Mancomunidad.

8º Facultar al Sr. Presidente para el desarrollo y ejecución de los anteriores acuerdos y, en especial, para solicitar la retención de las referidas cantidades”.

1.34 Mostrando su disconformidad con el anterior acuerdo del Pleno de la MAS de Huelva de 14 de junio de 2012, el Ayuntamiento de Valverde del Camino interpuso recurso potestativo de reposición el 13 de julio de 2012, alegando lo siguiente:

- (a) La Resolución del Pleno de la Mancomunidad es nula de pleno derecho al no haberse puesto de manifiesto a ese Ayuntamiento los informes que sirven de motivación al acuerdo impugnado, limitando su derecho de defensa.
- (b) La liquidación efectuada resulta arbitraria al no basarse en datos contrastados, tomar como base sólo el pasivo de la Mancomunidad y no su activo, e ignorar la anulación de los Acuerdos y Convenios acordada por el Ayuntamiento de Valverde del Camino.

1.35 El 13 de agosto de 2012, el Pleno de la MAS adoptó el siguiente acuerdo:

"Primero.- Inadmitir el recurso potestativo de reposición interpuesto el 13 de julio de 2012 por el Excmo. Ayuntamiento de Valverde del Camino contra el acuerdo del Pleno de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva, de 14 de junio de 2012, sobre la

separación definitiva del municipio de Valverde del Camino y liquidación de deudas pendientes.

Segundo.- Sin perjuicio de lo anterior, rechazar y desestimar los motivos del recurso potestativo de reposición interpuesto el 13 de julio de 2012 por el Excmo. Ayuntamiento de Valverde del Camino y de la solicitud de medida cautelar interesada con el mismo, confirmando íntegramente la legalidad del Acuerdo del Pleno de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva, de 14 de junio de 2012”.

2. Consulta

2.1 Sobre la base de los antecedentes expuestos, se solicita a este Despacho opinión fundada en Derecho sobre las siguientes cuestiones:

- (a) Responsabilidades jurídicas que puedan derivarse de la separación del Ayuntamiento de Valverde del Camino de la MAS por la vía de los hechos y del incumplimiento grave de sus obligaciones.
- (b) Responsabilidades jurídicas en que haya podido incurrir el Ayuntamiento de Valverde del Camino, sus autoridades y personal a su servicio por la contratación mediante la tramitación de emergencia de los servicios públicos de gestión del ciclo integral del agua y de recogida de residuos sólidos urbanos.

3. Legislación aplicable

- 3.1 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- 3.2 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- 3.3 Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

- 3.4 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- 3.5 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
- 3.6 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.
- 3.7 Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía.
- 3.8 Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales, aprobado mediante Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.
- 3.9 Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado mediante Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

4. Alcance de la opinión emitida

- 4.1 El análisis jurídico y la opinión emitida en este Informe se ha realizado sobre la base de los antecedentes dispuestos y suministrados por la Consultante.
- 4.2 El presente informe tiene por objeto el análisis de las cuestiones materiales o de fondo relacionadas con la Consulta, no así las cuestiones procedimentales. Las referencias que se hacen a estas últimas son a título complementario y meramente expositivo de las cuestiones materiales analizadas.
- 4.3 Por último, el presente Informe tiene carácter confidencial, y va dirigido en exclusiva a GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA DE HUELVA, S.A. (GIAHSA).

5. Resolución

i. Posibles irregularidades cometidas por el Ayuntamiento de Valverde del Camino durante el procedimiento de separación de la Mancomunidad de Municipios de la Provincia de Huelva.

(a) Omisión del procedimiento legal, estatutaria y convencionalmente establecido para la separación voluntaria del municipio de Valverde del Camino respecto de la Mancomunidad de Servicios de la Provincia de Huelva.

- 5.1 De conformidad con lo expuesto en los antecedentes, para proceder a su separación respecto de la MAS, el municipio que lo desee, debe seguir el procedimiento establecido en el artículo 76.1 de la LAULA, en el artículo 31 de los Estatutos de la MAS y en los acuerdos del Pleno de la MAS de 29 de julio y 12 de noviembre de 2010, ratificados por cada uno de los municipios mancomunados, entre ellos, Valverde del Camino.
- 5.2 Dicho procedimiento consiste, como se ha indicado, en formular la correspondiente solicitud por parte del municipio que pretenda la separación con una antelación, al menos, de 6 meses respecto del inicio del siguiente ejercicio económico de GIAHSA.
- 5.3 A la solicitud realizada por el municipio le debe seguir una liquidación realizada por la MAS, en la que se incluye la parte proporcional del pasivo de la Mancomunidad que le sea imputable, la liquidación de las deudas que se mantengan, así como las siguientes cantidades en concepto de indemnización:
- (a) Indemnización fija correspondiente al capital social
 - (b) Indemnización de los gastos derivados de la recuperación del servicio
 - a) Una cantidad por extinción de contratos de trabajo.
 - b) Una cantidad por extinción de financiación.
 - c) Una cantidad por extinción de otros contratos.

- d) Una cantidad por otros gastos de separación que sean consecuencia de la recuperación del servicio
 - (c) los importes anticipados por GIAHSA en concepto de canon concesional correspondientes a ejercicios no vencidos y un 15% anual de los cánones pendientes de cobro en concepto de daños y perjuicios.
- 5.4 El abono de estas cantidades es presupuesto indispensable para la efectividad de la separación, pues, de conformidad con lo dispuesto en el referido artículo 76.1 de la LAULA, *"Ningún municipio podrá separarse de la mancomunidad si, habiendo transcurrido el período mínimo de permanencia, mantiene deudas con la misma."*
- 5.5 Por tanto, la adopción del acuerdo plenario de 16 de diciembre de 2011 por el que el Ayuntamiento de Valverde del Camino recuperó la gestión de los servicios públicos relativos al ciclo integral del agua y los residuos sólidos urbanos, cuyos actos de ejecución material se produjeron el 15 de marzo de 2012, supone una flagrante vulneración del procedimiento establecido para la separación voluntaria de un municipio respecto de la MAS, en tanto que no se produjo el preaviso de seis meses establecido, ni se liquidaron las cantidades señaladas con anterioridad a hacerse efectiva la separación.
- 5.6 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, también, LRJPAC) los actos de las Administraciones públicas dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido son nulos de pleno derecho.
- 5.7 Así, debe considerarse viciado de nulidad radical no sólo el supuesto en que se prescinda del procedimiento por entero sino también el caso de que se prescinda de un trámite esencial. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 31 de marzo de 1999 (Sala Tercera, Sección 4ª), de 21 de mayo de 1997 (Sala Tercera, Sección 3ª), de 24 de febrero de 1997 (Sala Tercera, Sección 4ª), entre otras.
- 5.8 Lo que sí es necesario para que se produzca el supuesto previsto en el art. 62.1.e) es que la omisión del procedimiento sea *"clara, manifiesta y*

ostensible” (así, las Sentencias de la Sala Tercera, Sección 7ª del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 2000 y de 17 marzo de 2000, entre otras muchas).

- 5.9 En definitiva, la Ley considera nulos de pleno derecho todos los actos administrativos que se dicten omitiendo los trámites esenciales que la Ley establezca para dictarlos.
- 5.10 En el presente caso, el preaviso de seis meses debe considerarse como un trámite esencial en tanto que en el acuerdo del Pleno de la MAS de 12 de noviembre de 2010, por el que se acordó la ampliación de capital de GIAHSA, ratificado mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Valverde del Camino de fecha 15 de noviembre de 2010, se dispuso lo siguiente:

*“Este preaviso de seis meses **es imprescindible para contar con un plazo razonable para la preparación y organización de la unidad de gestión a entregar al Municipio que recupera el servicio y para la reorganización de gestión del servicio por GIAHSA en el nuevo escenario, de modo que quede salvaguardado el interés general que se persigue en toda prestación de servicio público.**”*

- 5.11 Asimismo, la liquidación de las deudas que el municipio de Valverde del Camino mantenga con la MAS, el abono de la parte del pasivo de la Mancomunidad que le sea proporcionalmente imputable y el pago de los gastos que se deriven de la separación, junto con las indemnizaciones antes referidas, resultan una condición previa y, por tanto, esencial para proceder a la separación respecto de la MAS.
- 5.12 Por tanto, el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Valverde del Camino de 16 de diciembre de 2011 por el que se acordó (i) la separación voluntaria del Ayuntamiento de Valverde del Camino de la MAS, con efectos de 1 de enero de 2012; (ii) solicitar a la MAS su separación voluntaria y (iii) modificar la forma de gestión de los servicios del ciclo integral del agua y de la recogida y tratamiento de residuos sólidos

urbanos, no ha respetado los trámites esenciales del procedimiento de separación voluntaria de un municipio respecto de la MAS.

5.13 De este modo, dada la evidente nulidad de pleno derecho del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Valverde del Camino de 16 de diciembre de 2011, la actuación del Municipio al ejecutar materialmente dicho acuerdo, impidiendo el uso pacífico y exclusivo de las infraestructuras cedidas a la MAS y la prestación mancomunada de los servicios del ciclo integral del agua y del ciclo de residuos en dicha localidad, puede considerarse una vía de hecho.

(b) Contratación por el procedimiento de emergencia de los servicios de gestión del ciclo integral del agua y de recogida de residuos sólidos urbanos.

5.14 Como se ha indicado en los antecedentes, mediante sendos Decretos de la Alcaldía del Ayuntamiento de Valverde del Camino, el 22 de diciembre de 2012, se resolvió contratar mediante el trámite de emergencia el servicio de abastecimiento de agua, saneamiento, recogida de aguas residuales y pluviales y alcantarillado, tratamiento, depuración y transporte de aguas residuales, y el servicio de recogida de residuos sólidos urbanos.

5.15 La adjudicación de contratos mediante la tramitación de emergencia se encuentra regulada en el artículo 113 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, también, TRLCSP) y en el artículo 117 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en adelante, también, TRRL)

5.16 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 del TRRL, cuando las Entidades locales tengan que realizar obras, servicios, adquisiciones o suministros de emergencia, a causa de acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten directamente a la seguridad pública, se estará al siguiente régimen excepcional:

"1º El Pleno de la Corporación podrá ordenar la directa ejecución de las obras, prestación de los servicios o realización de adquisiciones o suministros indispensables o contratarlos libremente, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales legalmente establecidos.

Podrá, igualmente, ejercer dicha facultad el Presidente de la Corporación local, debiendo dar conocimiento al Pleno de la Corporación en la primera sesión que se celebre.

2º Simultáneamente, se autorizará el libramiento de los fondos precisos para hacer frente a los gastos con el carácter de a justificar, sin perjuicio de instruir el oportuno expediente de modificación de créditos, cuando fuere necesario."

5.17 El resto de las obras, servicios, suministros o adquisiciones que puedan ser necesarios se contratará de conformidad con los requisitos formales legalmente establecidos.

5.18 Asimismo, en virtud del artículo 113 del TRLCSP, cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:

- (a) El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. El acuerdo correspondiente se acompañará de la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito.
- (b) Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas

estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de sesenta días.

- (c) Simultáneamente, por el Ministerio de Economía y Hacienda, si se trata de la Administración General del Estado, o por los representantes legales de los organismos autónomos y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, se autorizará el libramiento de los fondos precisos para hacer frente a los gastos, con carácter de a justificar.
- (d) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se procederá a cumplimentar los trámites necesarios para la intervención y aprobación de la cuenta justificativa, sin perjuicio de los ajustes precisos que se establezcan reglamentariamente a efectos de dar cumplimiento al artículo 49 de la Ley General Presupuestaria.
- (e) El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

Asimismo, transcurrido dicho plazo, se rendirá la cuenta justificativa del libramiento que, en su caso, se hubiese efectuado, con reintegro de los fondos no invertidos. En las normas de desarrollo de esta Ley se desarrollará el procedimiento de control de estas obligaciones.

5.19 Conforme a lo anterior, el procedimiento de emergencia es un cauce totalmente excepcional que se separa por completo de la tramitación ordinaria –e incluso, urgente- de los expedientes de contratación prevista en el TRLCSP.

5.20 Para que sea posible acudir a la tramitación de emergencia en orden a la adjudicación de contratos debe concurrir alguno de los siguientes supuestos:

- (a) Acontecimientos catastróficos.
- (b) Situaciones que supongan grave peligro.
- (c) Necesidades que afecten a la defensa nacional.

5.21 Conforme a lo dictaminado en el Informe núm. 20/2003, de 20 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, los criterios para la aplicación del trámite de emergencia son los siguientes:

*"a) **La llamada "tramitación de emergencia" prevista en el artículo 72 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que, en realidad, es un régimen excepcional caracterizado por la dispensa de tramitar expediente, solo procede en los casos taxativos del apartado 1 de dicho artículo, es decir, acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten a la defensa nacional.***

*b) **La tramitación de emergencia, por su mismo concepto excepcional, solo podrá utilizarse cuando no sea posible la tramitación urgente (artículo 71 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) o la utilización del procedimiento negociado sin publicidad por motivos de urgencia (artículos 141.c), 182 d) y 210 c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).***

*c) **La apreciación de la emergencia corresponde exclusivamente al órgano de contratación si bien dentro de los parámetros previstos en el artículo 72 sin que, a diferencia de la tramitación de urgencia, requiera una especial declaración, bastando la posterior justificación documental.***

*d) **La tramitación de emergencia debe limitarse a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de la situación de emergencia. En el ámbito objetivo, debe limitarse la tramitación de emergencia, según expresión del artículo 72 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a "lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida". En el ámbito temporal debe operar un doble límite pues, de un lado, la emergencia requiere la inmediatez con la acción que la justifica, sin que pueda dilatarse en el***

tiempo y, de otro lado, debe cesar cuando la situación haya desaparecido o, como dice el apartado 2 del artículo 72 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas "la gestión del resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Administración, pero que ya no tenga carácter de emergencia, se contratará conforme a lo establecido en esta Ley."

5.22 Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1987, en relación con el concepto de emergencia, señaló lo siguiente:

"la referencia a «acontecimientos catastróficos» que el repetido párrafo 1 del artículo 114 contiene, no quiere decir que baste la existencia de un acontecimiento de tal naturaleza -el incendio de 26 de enero evidentemente lo fue- del que dimana la situación que las medidas en cuestión afrontan; lo que tal precepto ampara es una actuación municipal inmediata absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión, como serían, en un incendio, la ruptura o derribo de muros u obras de fábrica para practicar salidas o tratar de impedir el progreso del fuego, o un rápido apuntalamiento para evitar inminentes desplomes; pero no puede ser aplicable a una situación como la presente, en la que, producido el incendio el 26 de enero, las obras en cuestión se acuerdan un mes después, a consecuencia de un informe técnico harto impreciso respecto a su determinación y justificación y al que habían precedido otros dos del mismo arquitecto -los de 28 de enero y 12 de febrero- igualmente nada explícitos sobre tales extremos, pero donde, en el de 25 de febrero, ya se manifiesta que se debía fijar el cercamiento del patio colindante con la casa n.º 3, así como el raseado del medianil, manteniendo desalojado el inmueble."

5.23 De todo lo anterior, puede concluirse la absoluta improcedencia de la adjudicación de los contratos de gestión del ciclo integral del agua y de recogida de residuos sólidos urbanos mediante el trámite de emergencia por los siguientes motivos:

- a) No concurren los supuestos legalmente tasados para acudir a un procedimiento tan excepcional de adjudicación.
- b) La actuación posterior a la adjudicación del Ayuntamiento de Valverde del Camino (desde que se adjudicaron los contratos hasta que comenzó su prestación por los adjudicatarios transcurrieron casi tres meses).
- c) El mantenimiento de los contratos adjudicados por emergencia hasta la fecha actual.

5.24 La adjudicación mediante el trámite de emergencia de un contrato administrativo cuando no concurre ninguno de los supuestos excepcionales vulnera los principios esenciales de la contratación administrativa: publicidad y concurrencia.

ii. Consecuencias jurídicas que pueden derivarse de las irregularidades cometidas por el Ayuntamiento de Valverde del Camino.

5.25 A continuación se analizan las posibles consecuencias que pueden derivar de la omisión del procedimiento establecido para proceder a la separación voluntaria por parte del municipio de Valverde del Camino respecto de la MAS y las presuntas irregularidades en la contratación de emergencia de los servicios públicos anteriormente mancomunados.

(a) Responsabilidad que pueda derivarse de la vía de hecho y desviación de poder en que haya podido incurrir el Ayuntamiento de Valverde del Camino.

5.26 Conforme a lo expuesto, los incumplimientos de sus obligaciones por parte del Ayuntamiento de Valverde del Camino, los cuales han desembocado en la separación definitiva de dicho municipio respecto de la MAS, han podido irrogar a la Mancomunidad una serie de daños y perjuicios cuyo resarcimiento no haya sido incluido en la liquidación aprobada por el Pleno de la Mancomunidad el 14 de junio de 2012, por no estar contemplados en la legislación, en los Estatutos o en los acuerdos de aplicación.

5.27 En este caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 de la LBRL, *"Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa."*

5.28 Por su parte, el artículo 139.1 de la LRJPAC dispone que *"Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos."*

5.29 De este modo, para que proceda reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración se precisa de la concurrencia de los siguientes elementos: funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (entendidos como el ejercicio de las competencias de la Administración) y que dicho funcionamiento de la Administración cause un daño al administrado (relación de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal de la Administración y el daño causado) que éste no tenga la obligación de soportar (daño antijurídico).

5.30 Por su parte, el daño ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, pudiéndose reclamar el lucro cesante siempre que su existencia se acredite suficientemente.

5.31 Sobre los requisitos del daño se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 febrero 2009:

"la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, y, en tal sentido, señala la sentencia de 16 de octubre de 2.007, recogiendo pronunciamientos de la de 11 de noviembre de 1993, que para que el daño sea indemnizable debe ser real y efectivo, no traducible a meras especulaciones o simples expectativas, incidiendo

sobre derechos o intereses legítimos, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; daño producido por la actividad de la Administración en relación de causa-efecto, pesando sobre el perjudicado la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos legales para que surja la obligación de indemnizar.

En cuanto al lucro cesante, y como recuerda aquella sentencia de 16 de octubre de 2.008, la jurisprudencia viene exigiendo la certeza del mismo, que se manifiesta en la realidad de la actividad, desarrollo y rendimiento, de manera que no pueden considerarse como tal las aspiraciones, deseos y previsiones cuya materialización no resulte contrastada y constituyan una mera eventualidad, pues, como señala la sentencia de 18 de octubre de 1993, "como ganancias meramente posibles, pero inseguras, dudosas o contingentes, por estar desprovistas de certidumbre y carecer de prueba rigurosa, no es admisible su cómputo para fijar la indemnización reclamada, según ha declarado la Jurisprudencia de este Tribunal, entre otras, en sentencia de la Sala Tercera -Sección Tercera- de fecha 20-2-1989"; en el mismo sentido se expresa la sentencia de 28 de enero de 1999, que, además, precisa que se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto, y que, como también señala la sentencia de 3 de febrero de 1989, es necesaria la prueba que determine la certeza del lucro cesante."

5.32 No obstante, una doctrina consolidada de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia de 2 julio 1994 (seguida en las de 11 febrero y 9 mayo 1995), establece que la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos, que hayan sido alegados y probados por el perjudicado hasta conseguir la reparación integral de los mismos, la cual incluirá los posibles intereses económicos o directamente evaluables, como el daño emergente o el lucro cesante –art. 1106 CC–.

5.33 Por todo ello, el Ayuntamiento de Valverde del Camino deberá indemnizar a la MAS por los daños y perjuicios que se le haya ocasionado con motivo

de su salida respecto de aquella y la recuperación de los servicios mancomunados y que no hayan sido incluidos en la liquidación practicada el 14 de junio de 2012.

(b) Responsabilidad en que puedan incurrir los miembros del Ayuntamiento de Valverde del Camino por la actuación de dicho Ayuntamiento.

5.34 Junto con la posibilidad de que el Ayuntamiento de Valverde del Camino indemnice a la MAS y a GIAHSA por los eventuales daños irrogados por la actuación de dicho municipio, existe la posibilidad de que sus miembros respondan por dicha actuación.

5.35 En concreto, se deberá considerar aquéllos miembros del Ayuntamiento de Valverde del Camino que han tenido una actuación relevante en la adopción del referido acuerdo del Pleno de dicha Corporación Local de 16 de diciembre de 2011:

- (a) Los integrantes de la Comisión de Estudio que elaboró la memoria, entre otros, de los aspectos jurídicos de la iniciativa de prestación de los servicios de gestión del ciclo integral del agua y de recogida de residuos sólidos urbanos, concretando las características del servicio, justificando la forma de gestión elegida y el procedimiento a seguir.
- (b) Los suscriptores de los informes jurídico, económico y técnico que sirvieron de base para determinar el procedimiento a seguir para llevar a efecto la separación del municipio de Valverde del Camino de la MAS, así como la forma de gestión propuesta y sus posibles repercusiones técnicas y económicas.
- (c) Los miembros del Pleno del Ayuntamiento de Valverde del Camino que votaron a favor del referido Acuerdo de 16 de diciembre de 2011.

5.36 El artículo 78 de la LBRL regula la responsabilidad civil y penal de los miembros de las Corporaciones locales por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Así, dicho precepto dispone lo siguiente:

"1. Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en

el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable.

2. Son responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales los miembros de las mismas que los hubiesen votado favorablemente.

3. Las Corporaciones locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la Corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquélla.

4. Los Presidentes de las Corporaciones locales podrán sancionar con multa a los miembros de las mismas, por falta no justificada de asistencia a las sesiones o incumplimiento reiterado de sus obligaciones, en los términos que determine la Ley de la Comunidad Autónoma y, supletoriamente, la del Estado."

5.37 Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del TRRL, *"Las autoridades y funcionarios de cualquier orden que, por dolo o culpa o negligencia, adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones legales, estarán obligados a indemnizar a la Corporación Local los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquéllos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder."*

5.38 Finalmente, el artículo 225.1 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales, aprobado mediante Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (en adelante, también ROF), dispone que *"Las entidades locales podrán instruir expediente, con audiencia del interesado, para declarar la responsabilidad civil de sus autoridades, miembros, funcionarios y dependientes que, por dolo, culpa o negligencia graves, hubieren causado daños y perjuicios a la Administración o a terceros, si éstos hubieran sido indemnizados por aquélla."*

5.39 Esa responsabilidad debe derivar de los daños y perjuicios causados por acciones u omisiones producidas en el ejercicio de las funciones que se ostentan como miembro de la entidad.

5.40 Asimismo, los referidos artículos 78 de la LBRL, 60 del TRRL y 225 del ROF deben relacionarse con el artículo 145 de la LRJPAC, el cual dispone lo siguiente:

"1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

4. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.

5. Lo dispuesto en los párrafos anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes."

- 5.41 De este último precepto se desprende que los lesionados por acciones y omisiones de las autoridades y funcionarios que no constituyan infracción penal no pueden exigir esa responsabilidad ante los órganos judiciales presentando una demanda contra la autoridad causante del daño, sino que la responsabilidad deberá exigirse directamente ante la Administración, que tiene el deber de repetición cuando haya mediado dolo, culpa o negligencia grave.
- 5.42 Se plantea, por tanto, la cuestión de si es posible reclamar directamente la responsabilidad extracontractual a los miembros de las corporaciones locales, en aplicación del artículo 78 de la LBRL y el artículo 60 del TRRL, o si, por el contrario, es necesario reclamar dicha responsabilidad a la Administración y que ésta, a su vez, repita contra los responsables en virtud del artículo 145.2 de la LRJPAC.
- 5.43 Al respecto, pese a que del artículo 78 de la LBRL parece desprenderse que la responsabilidad civil no derivada del delito de los miembros de las entidades locales se pueda exigir tanto presentando la reclamación ante el ente local, conforme al referido artículo 54 de la LBRL, como también acudiendo a los Tribunales competentes contra el causante, en aplicación del artículo 145 de la LRJPAC, se debe entender que dicho artículo 78 de la LBRL ha sido tácitamente modificado por la LRJPAC y, por tanto, la eventual reclamación de responsabilidad por la actuación del Ayuntamiento de Valverde del Camino deberá ser dirigida directamente contra dicho Ayuntamiento para que éste, a su vez, ejerza la acción de repetición contra su personal.
- 5.44 El régimen de la acción de repetición es distinto en el art. 145.2 de la LRJPAC y en los artículos 78.3 de la LBRL y 225.1 del ROF. Así, la Ley 4/1999, de 13 de enero, estableció el deber de las Administraciones Públicas de ejercer la acción de repetición, mientras que los artículos 78.3 de la LBRL y el artículo 225 del ROF mantienen el carácter potestativo de la misma.
- 5.45 Este carácter potestativo de la acción de repetición de la LBRL y del ROF se encuentra matizado por lo dispuesto en el artículo 68 de la LBRL, en virtud del cual:

"1. Las Entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos.

2. Cualquier vecino que se hallare en pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la Entidad interesada. Este requerimiento, del que se dará conocimiento a quienes pudiesen resultar afectados por las correspondientes acciones, suspenderá el plazo para el ejercicio de las mismas por un término de treinta días hábiles.

3. Si en el plazo de esos treinta días la entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la Entidad local.

4. De prosperar la acción, el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la Entidad de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieran seguido."

5.46 De este modo, mediante la denominada acción vecinal es posible reclamar de la corporación local el ejercicio, entre otras, de una eventual acción de repetición contra las autoridades y personal a su servicio.

5.47 El procedimiento para el ejercicio de la acción de repetición es el previsto en el artículo 21 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado mediante Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

5.48 El ejercicio de esta acción es posible incluso cuando el causante del daño haya dejado de ser miembro de la entidad local, tal y como ha resuelto la Audiencia Provincial de Zamora (Sección Única), en su sentencia núm. 150/1999, de 7 mayo:

"Por último, se plantea una última cuestión, que es la relativa a que la persona demandada haya dejado de desempeñar el cargo de alcalde del ayuntamiento de Melgar de Tera, habiendo dirigido la demanda contra la persona que había desempeñado el cargo de alcalde. Parece claro que en nada afecta a la cuestión debatida,

pues la demanda formulada por el ayuntamiento contra la persona natural que desempeñó el cargo de alcalde, pero fundada en los daños y perjuicios causados a la corporación, por dolo o culpa grave cometido cuando era miembro de la corporación. Es decir, como se deduce del contenido de la fundamentación de la demanda se ejercita la acción de responsabilidad del alcalde por los daños y perjuicios causados a la corporación cuando tenía la condición de alcalde al amparo del artículo 78.3 de la Ley de bases de Régimen Local. Y, como ya hemos tenido ocasión de decir, la exigencia de dicha responsabilidad ha de seguirse en los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable, cuyos Tribunales y procedimiento son los previstos en la legislación general (artículos 145 y 146 de la LRJ-PAC y el Reglamento que la desarrolla) que no son otros que los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, previa la tramitación del oportuno procedimiento administrativo.”

- 5.49 Por todo lo anterior, en caso de que el Ayuntamiento de Valverde del Camino resulte responsable de los daños que haya podido irrogar a la MAS por el incumplimiento de sus obligaciones, la forma en que se ha producido su salida de la Mancomunidad, y el modo en que se han recuperado los servicios de gestión del ciclo integral del agua y de recogida de los residuos sólidos urbanos, éste deberá ejercitar la acción de repetición contra sus autoridades y demás personal a su servicio que resulten responsables por incurrir en dolo, culpa o negligencia graves.
- 5.50 En el presente caso, como se ha indicado, podrán resultar responsables y responder con su patrimonio de las lesiones ocasionadas a la MAS e indemnizadas por el Ayuntamiento de Valverde del Camino, los integrantes de la Comisión de Estudio que elaboró la memoria de los aspectos jurídicos de la iniciativa de prestación de los servicios de gestión del ciclo integral del agua y de recogida de residuos sólidos urbanos; los suscriptores de los informes jurídico, económico y técnico que sirvieron de base para determinar el procedimiento a seguir para llevar a efecto la separación del municipio de Valverde del Camino de la MAS y los miembros del Pleno del Ayuntamiento de Valverde del Camino que votaron a favor del referido Acuerdo de 16 de diciembre de 2011.

5.51 En caso de que el Ayuntamiento de Valverde del Camino no ejerciese dicha acción de repetición, en virtud del artículo 68 de la LBRL, cualquier vecino de ese municipio podrá ejercitar la acción vecinal requiriendo al Ayuntamiento que repita contra los miembros del mismo responsables de los daños ocasionados a la MAS y, en caso de que la Corporación Municipal permanezca inactiva, ejercitar directamente la referida acción de repetición.

(c) Responsabilidad disciplinaria que pueda derivarse de la vía de hecho y desviación de poder en que haya podido incurrir el Ayuntamiento de Valverde del Camino.

5.52 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), los funcionarios públicos y el personal laboral de la Administración pública están sujetos al régimen disciplinario establecido en dicha norma.

5.53 El ejercicio de la potestad disciplinaria, conforme al artículo 94 del EBEP, se debe ejercer "*sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse*" de las infracciones cometidas y de acuerdo con los siguientes principios:

- (a) Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos.
- (b) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor.
- (c) Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación.
- (d) Principio de culpabilidad.
- (e) Principio de presunción de inocencia.

5.54 Las faltas disciplinarias se relacionan en el artículo 95 del EBEP, las cuales pueden ser muy graves, graves y leves.

- 5.55 De la relación de faltas muy graves prevista en el apartado 2 del referido artículo 95 del EBEP se debe destacar, en relación con las actuaciones llevadas a cabo por el Ayuntamiento de Valverde del Camino, la prevista en el apartado d): *"La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos"*.
- 5.56 En el presente caso, podría considerarse que los acuerdos de la Comisión de Estudios que elaboró la memoria, entre otros, de los aspectos jurídicos de la iniciativa de prestación de los servicios de gestión del ciclo integral del agua y de recogida de residuos sólidos urbanos y los informes jurídico, económico y técnico que sirvieron de base para determinar el procedimiento a seguir para llevar a efecto la separación del municipio de Valverde del Camino de la MAS, así como la forma de gestión propuesta y sus posibles repercusiones técnicas y económicas fueron adoptados pese a su manifiesta ilegalidad y los graves perjuicios causados a la Administración o a los ciudadanos, por lo que los funcionarios públicos y el personal laboral del Ayuntamiento de Valverde del Camino que suscribieron tales acuerdos e informes podrían haber cometido una falta disciplinaria muy grave.
- 5.57 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 del EBEP, por razón de las faltas cometidas podrán imponerse las siguientes sanciones:
- (a) Separación del servicio de los funcionarios, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves.
 - (b) Despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban.
 - (c) Suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años.
 - (d) Traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca.
 - (e) Demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria.

- (f) Apercibimiento.
- (g) Cualquier otra que se establezca por Ley.

(d) La responsabilidad penal de los miembros de las entidades locales y la responsabilidad civil derivada del delito o falta.

5.58 El artículo 78 de la LBRL alude también a la responsabilidad penal de los miembros de las entidades locales. Asimismo, el artículo 146 de la LRJPAC dispone lo siguiente:

"1. La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente.

2. La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial."

5.59 A efectos del objeto del presente informe, la principal figura que castiga la incorrecta actuación de los funcionarios y autoridades es el delito de prevaricación, tipificado en el artículo 404 del Código Penal (CP), el cual dispone que *"A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años."*

5.60 Así, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas la Sentencia de 8 de junio de 2006, es necesario que concurren los siguientes elementos para que se incurra en delito de prevaricación:

*"La jurisprudencia de esta Sala, por todas STS 10 de julio de 1995, nos recuerda que **el bien jurídico protegido por el legislador es***

el recto y normal funcionamiento de la Administración, con sujeción a sistema de valores proclamado en la Constitución y en consideración de los arts. 103 y 106 de la Constitución que sirven de punto de partida para cualquier actuación administrativa. Por el primero se establece la obligación de la Administración de servir con objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho. Por el segundo se indica el sometimiento al principio de legalidad de la misma actividad administrativa.

[...] como ha declarado esta Sala, por todas la STS de 22 de septiembre de 1993, **por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos.** Comprende tanto la realización del derecho objetivo a situaciones concretas o generales, lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo. La resolución es la especie respecto del acto administrativo y su sentido técnico aparece en el art. 89 de la Ley 30/92 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común el definido como «acto que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los administradores y aquéllas otras derivadas del mismo». [...]

[...] La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2003 y de 24 de septiembre de 2002, exige **para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley.** Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos («palmaria», «patente», «evidente» «esperpéntica», etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular **la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice**

un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales). **En todos esos casos, es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario.** Esta casuística, cuyo común denominador es la falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso, proporciona el aspecto sustantivo de la acción típica, que no debe ser confundido con los adjetivos, como tales imprecisos y poco aptos para cumplir con la función de garantía de la Ley penal que, contingentemente, la jurisprudencia ha usado para dar una idea de la gravedad del hecho.

El contenido básico de la prevaricación, como antes señalamos, consiste en una actuación contraria a derecho. El delito de prevaricación doloso, dictar a sabiendas de su injusticia una resolución arbitraria en asunto administrativo, supone «la postergación por el autor de la validez del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho» (STS 2/99, de 15 de octubre), lo que supone un grave apartamiento del derecho. En su comprensión, la jurisprudencia de esta Sala ha rechazado concepciones subjetivas, basadas en el sentimiento de justicia o injusticia que tenga el funcionario, y ha requerido que el acto sea objetivamente injusto. Integra la prevaricación cuando «queda de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trata», o cuando la resolución vulnera abiertamente la Constitución.

Lo relevante para la conceptualización de arbitraria de una resolución dictada es que la misma sea «rotundamente incasable con el ordenamiento jurídico. La incompatibilidad radica con el ordenamiento, hoy anclada en el derecho positivo (art. 9.3 de la Constitución) significa tanto que estamos ante una resolución caprichosa, mas estrictamente, irracional y absurda aunque pueda estar formalmente motivada».” (La negrita es nuestra).

5.61 Se trata de un delito especial propio, lo que supone que tan sólo puede ser cometido por personas que ostentan la condición de funcionarios públicos y autoridades. Al respecto, el artículo 24 del CP determina quien tendrá la condición de autoridad o funcionario a efectos penales:

"1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas."

5.62 La autoridad o funcionario debe dictar una resolución arbitraria, lo que significa que sea ilegal en abierta contradicción u oposición con la norma jurídica que aplica, careciendo de justificación razonable desde cualquier ámbito o posibilidad de interpretación de la misma, es decir, insostenible, lo que puede alcanzarse por omisión de las normas esenciales de procedimiento; por no tener el funcionario competencia objetiva exigible para dictarla, o porque el fondo de la resolución contravenga el ordenamiento jurídico con desprecio de los intereses generales tutelados en el caso concreto.

5.63 Por resolución se entiende todo acto administrativo que consista en una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos.

5.64 Según se ha resuelto en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2006, por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos. Asimismo, se excluyen del concepto

de resolución los informes emitidos por el Secretario municipal en el ejercicio de sus competencias:

*"El delito de prevaricación es un delito especial propio del que sólo pueden ser autores los funcionarios públicos con capacidad para dictar resoluciones administrativas. El verbo nuclear del delito de prevaricación, como hemos dicho, lo constituye el acto de dictar una resolución y, en términos generales, y como señaló la STS de 22 de septiembre de 1993, **por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general**, quedando excluidos los actos políticos. Comprende tanto la realización del derecho objetivo a situaciones concretas o generales, lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo.*

Como dijimos, al analizar la impugnación anterior, la resolución es la especie respecto del acto administrativo y su sentido técnico aparece en el art. 89 de la Ley 30/92 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común el definido como «acto que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los administradores y aquéllas otras derivadas del mismo».

Desde la perspectiva expuesta el Secretario del Ayuntamiento, salvo en materias propias de su exclusiva competencia, no dicta resoluciones, o no es el funcionario llamado a dictar la resolución como la que es objeto de la impugnación. La emisión de informes, salvo en la prevención urbanística y medioambiental, no integran el delito de prevaricación."

5.65 El delito de prevaricación sólo puede ser cometido dolosamente. El artículo 404 CP, establece que, para cometer prevaricación, la autoridad o funcionario público deberá, a sabiendas de su injusticia, adoptar una

resolución arbitraria en asunto administrativo. Se exige por tanto que el funcionario o autoridad dicte la resolución con conciencia y voluntad del acto, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad e injusticia de la resolución. Así ha resuelto el Tribunal Supremo en sus sentencias de 21 febrero 1994, de 24 junio 1994 y de 8 noviembre 1994, entre otras.

- 5.66 Es posible la coautoría, siempre que la resolución requiera para su adopción la intervención de varios sujetos, como ocurre con los órganos colegiados como el Pleno del Ayuntamiento. En este sentido, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo considera responsables del delito de prevaricación a todos aquellos miembros del órgano colegiado que contribuyeron con su voto a la adopción del acuerdo injusto (por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 diciembre 1994). Esta reiterada jurisprudencia, remite, para excluir la responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado que se abstuvieron o votaron en contra de la resolución *"injusta"*, al artículo 27.4 de la LRJPAC, en virtud del cual *"Cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos"*.
- 5.67 En el mismo sentido, el artículo 78.2 de la LBRL dispone que *"son responsables de los acuerdos los miembros de las entidades locales que hayan votado a favor"*.
- 5.68 Asimismo, son punibles en relación a este delito todas las formas de participación: la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad. Tanto si estas conductas de participación son cometidas por quien tiene la condición de funcionario o autoridad como por quien no dispone de la misma, en cuyo caso se les podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.2 del CP.

- 5.69 En este sentido, la doctrina penalista¹ entiende que la emisión de informes preceptivos también podría considerarse delito.
- 5.70 La doctrina jurisprudencial ha considerado que existe delito de prevaricación, entre otros, en diversos casos en los que la Alcaldía ha adjudicado contratos de forma irregular.
- 5.71 Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 814/1995, de 22 de junio, ratificó la Sentencia de la Audiencia de La Coruña que condenó, entre otros, al Alcalde como autor de un delito de prevaricación al adjudicar unas obras a varios contratistas con múltiples irregularidades respecto de las normas que rigen tal clase de actos administrativos puesto que, entre otros motivos, *"Conocía que no había ninguna razón objetiva de urgencia y entendemos que las prisas en la tramitación sólo obedecieron al deseo de realizar esas adjudicaciones de obras antes de su próximo cese como Alcalde"*.
- 5.72 Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en su sentencia núm. 3/2002, de 10 de diciembre, también estimó la existencia de un delito de prevaricación al adjudicar un contrato de cartelería de forma irregular:

*"En el presente caso no se necesitaría este adicional elemento de convicción para afirmar la actuación dolosa del acusado, dadas las **circunstancias concurrentes** que se constatan. Repitiendo su enumeración, son las siguientes, en síntesis: tras haberse **omitido la tramitación de expediente**, en ausencia de concursantes competidores por **falta de publicidad**, sin dato alguno para fijar un precio superior al informado por el Servicio oficial de Mantenimiento que venía realizando las labores y sin recabar presupuesto de tres empresas del ramo, caso de haber existido las **no acreditadas necesidad y urgencia de la contratación**, se adjudica directamente el suministro e instalación de la cartelería a la*

¹ González Cussac, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª Edición, Valencia 1997, página 150 y siguientes.

empresa que libremente se designa y al precio que ella misma quiso señalar.

[...]

Por todo ello habrá de concluirse en la procedencia de considerar al acusado autor del delito de prevaricación que le imputan tanto el Ministerio Fiscal como las dos acusaciones particulares, por los hechos cuyo análisis jurídico acaba de efectuarse, definido en los arts. 358 y 404, respectivamente, de los dos Códigos Penales sucesivamente vigentes que fueron citados.”

- 5.73 En el presente caso, tanto la omisión de los procedimientos legal, estatutaria y convencionalmente establecidos para la separación voluntaria del municipio de Valverde del Camino respecto de la MAS, como la adjudicación de los contratos de gestión de los servicios públicos de gestión del ciclo integral del agua y de recogida de los residuos sólidos urbanos mediante el procedimiento de emergencia podrían considerarse como una actuación manifiestamente arbitraria y, por tanto, constituir delito de prevaricación para aquéllos miembros del Pleno de este Ayuntamiento que votaron a favor del acuerdo de 16 de diciembre de 2012 y para la Alcaldesa que firmó los Decretos de 22 de diciembre de 2012.
- 5.74 Asimismo, los suscriptores de los informes técnicos, jurídicos y económicos previos y necesarios para la adopción de los anteriores acuerdos, pese a no ser propiamente resoluciones, podrían ser considerados partícipes de los posibles delitos de prevaricación.
- 5.75 La pena prevista en el artículo 404 del CP para los autores de los delitos de prevaricación administrativa es la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.
- 5.76 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del CP, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena.

(e) Relación entre la acción penal y la reclamación de responsabilidad civil del funcionario.

- 5.77 De conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del referido artículo 146 de la LRJPAC, la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente. La responsabilidad civil derivada de la penal es exigible en el mismo proceso penal; siendo automática la acumulación salvo renuncia al ejercicio de la acción civil o reserva de la misma, según dispone el artículo 109.2 del CP.
- 5.78 Así, en este caso es perfectamente viable exigir la responsabilidad a los miembros de las entidades locales ante los Tribunales penales competentes, acumuladamente al ejercicio de la acción penal. No obstante, si se decidiera no acumular la acción civil a la acción penal, se plantea el problema analizado en el apartado d), esto es, que se deberá reclamar a la entidad local al amparo del artículo 54 de la LRBL y, en su caso, ésta procederá después al ejercicio de la acción de repetición.
- 5.79 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 121 del CP, cuando la acción civil se ejercite acumulada con la penal, la entidad local responderá subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. En este caso, el citado precepto exige que la Administración sea parte en el proceso.
- 5.80 En caso del ejercicio simultáneo de la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración y la de la acción civil acumulada a la penal, como indica el artículo 121 del CP, no procederá una duplicidad de indemnizaciones por lo que una vez obtenida la indemnización en vía administrativa o contencioso administrativa, ya no podrá después ser exigida, respecto del mismo sujeto, la responsabilidad civil acumulada a la acción penal o viceversa.

5.81 Al respecto, el artículo 146.2 de la LRJPAC prevé expresamente el supuesto en que, paralelamente a una causa penal, se haya incoado un procedimiento administrativo para exigir responsabilidad a la Administración. En este caso, la incoación de la causa penal no suspende los procedimientos para exigir responsabilidad patrimonial, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

6. Conclusión

- 6.1 El acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Valverde del Camino de 16 de diciembre de 2011 por el que se acordó (i) la separación voluntaria del Ayuntamiento de Valverde del Camino de la MAS, con efectos de 1 de enero de 2012; (ii) solicitar a la MAS su separación voluntaria, y (iii) modificar la forma de gestión de los servicios del ciclo integral del agua y de la recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, no ha respetado los trámites esenciales del procedimiento de separación voluntaria de un municipio respecto de la MAS en tanto que no se produjo el preaviso de seis meses establecido, ni se liquidaron las deudas que el municipio de Valverde del Camino mantiene con la MAS, no se abonó la parte del pasivo de la Mancomunidad que le es proporcionalmente imputable, ni los gastos que se deriven de la separación. Todo ello, con anterioridad a hacerse efectiva la separación.
- 6.2 La evidente nulidad de pleno derecho del referido acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Valverde del Camino de 16 de diciembre de 2011 conlleva que la actuación del Municipio, al ejecutar materialmente dicho acuerdo, impidiendo el uso pacífico y exclusivo de las infraestructuras cedidas a la MAS y la prestación mancomunada de los servicios del ciclo integral del agua y del ciclo de residuos en dicha localidad, puede considerarse una vía de hecho.
- 6.3 Asimismo, cabe cuestionarse la procedencia de la adjudicación de los contratos de gestión del ciclo integral del agua y de recogida de residuos sólidos urbanos mediante el trámite de emergencia, llevada a cabo en virtud de sendos Decretos de la Alcaldía, de 22 de diciembre de 2011, así como el mantenimiento de dichos contratos adjudicados por el trámite de emergencia hasta la fecha, pues no concurren las circunstancias

excepcionales previstas en la legislación para que sea posible acudir a dicha tramitación de emergencia y su prolongación en el tiempo.

- 6.4 Los incumplimientos de sus obligaciones por parte del Ayuntamiento de Valverde del Camino, que han motivado su separación definitiva de la MAS, han podido irrogar a ésta daños y perjuicios no incluidos en la liquidación practicada por el Pleno de la MAS que, en su caso, deberían ser indemnizados siempre que concurren los siguientes requisitos: funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (entendidos como el ejercicio de las competencias de la Administración) y que dicho funcionamiento de la Administración cause un daño (relación de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal de la Administración y el daño causado) que no se tenga la obligación de soportar (daño antijurídico).
- 6.5 En caso de que el Ayuntamiento de Valverde del Camino resultase responsable de los daños que haya podido irrogar a la MAS por el incumplimiento de sus obligaciones, la forma en que se ha producido su salida de la Mancomunidad, y el modo en que se han recuperado y adjudicado los servicios de gestión del ciclo integral del agua y de recogida de los residuos sólidos urbanos, éste deberá ejercitar la acción de repetición contra sus autoridades y demás personal a su servicio que resulten responsables por incurrir en dolo, o culpa o negligencia graves.
- 6.6 En el presente caso podrán resultar responsables y responder con su patrimonio de las lesiones ocasionadas a la MAS, e indemnizadas por el Ayuntamiento de Valverde del Camino, los integrantes de la Comisión de Estudio que elaboró la memoria de los aspectos jurídicos de la iniciativa de prestación de los servicios de gestión del ciclo integral del agua y de recogida de residuos sólidos urbanos; los suscriptores de los informes jurídico, económico y técnico que sirvieron de base para determinar el procedimiento a seguir para llevar a efecto la separación del municipio de Valverde del Camino de la MAS y los miembros del Pleno del Ayuntamiento de Valverde del Camino que votaron a favor del referido Acuerdo de 16 de diciembre de 2011.
- 6.7 En caso de que el Ayuntamiento de Valverde del Camino no ejerciese dicha acción de repetición, en virtud del artículo 68 de la LBRL, cualquier vecino

de ese municipio podrá ejercitar la acción vecinal requiriendo al Ayuntamiento que repita contra los miembros del mismo responsables de los daños ocasionados a la MAS y, en caso de que la Corporación Municipal permanezca inactiva, ejercitar directamente la referida acción de repetición.

- 6.8 La actuación de la Comisión de Estudios, que elaboró la memoria, entre otros, de los aspectos jurídicos de la iniciativa de prestación de los servicios de gestión del ciclo integral del agua y de recogida de residuos sólidos urbanos, y los informes jurídico, económico y técnico que sirvieron de base para determinar el procedimiento a seguir para llevar a efecto la separación del municipio de Valverde del Camino de la MAS, así como la forma de gestión propuesta y sus posibles repercusiones técnicas y económicas, por su a su manifiesta ilegalidad y los graves perjuicios causados a la Administración o a los ciudadanos, puede conllevar que los funcionarios públicos y el personal laboral del Ayuntamiento de Valverde del Camino que suscribieron tales documentos podrían haber cometido una falta disciplinaria muy grave.
- 6.9 Tanto la omisión de los procedimientos legal, estatutaria y convencionalmente establecidos para la separación voluntaria del municipio de Valverde del Camino respecto de la MAS, como la adjudicación de los contratos de gestión de los servicios públicos de gestión del ciclo integral del agua y de recogida de los residuos sólidos urbanos mediante el procedimiento de emergencia podrían considerarse como una actuación manifiestamente arbitraria y, por tanto, subsumible supuestamente en el tipo del delito de prevaricación para aquéllos miembros del Pleno de este Ayuntamiento que votaron a favor del acuerdo de 16 de diciembre de 2012 y para la Alcaldesa que firmó los Decretos de 22 de diciembre de 2011.
- 6.10 Asimismo, los suscriptores de los informes técnicos, jurídicos y económicos previos y necesarios para la adopción de los anteriores acuerdos podrían ser considerados partícipes de los supuestos delitos de prevaricación.
- 6.11 La pena prevista en el artículo 404 del CP para los autores de delitos de prevaricación administrativa es la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

- 6.12 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del CP, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena.
- 6.13 En cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, cuando la acción civil se ejercite acumulada con la penal, la entidad local responderá subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados
- 6.14 En el supuesto en que, paralelamente a una causa penal, se haya incoado un procedimiento administrativo para exigir responsabilidad a la Administración, la incoación de la causa penal no suspende dicho procedimiento administrativo, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

Este informe, salvo error u omisión involuntaria, constituye nuestra opinión sobre las cuestiones planteadas. Su contenido es estrictamente confidencial y está destinado exclusivamente a las personas en cuyo interés se ha emitido. Su difusión a terceros y su aplicación a supuestos distintos de los que constituyen su objeto requerirá la autorización expresa y previa de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira.

Francisco Hidalgo Álvarez

Eduardo Caruz Arcos