

Con fecha de de de 2015 y número de registro se recibió, remitido por el señor Alcalde del Ayuntamiento de una solicitud de informe en que se consulta por los **delitos por los que podría ser denunciado al Ayuntamiento a causa de ciertos hechos mencionados en la solicitud de informe**. Accediendo a lo solicitado se procede a emitir el presente

INFORME

Con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Según se refleja en la solicitud de informe, en el Ayuntamiento de existe documentación indicativa de que en el pasado se han realizado pagos a los trabajadores municipales por trabajos desempeñados fuera de la jornada laboral –horas extraordinarias-.

II.- Dicha documentación, según la misma solicitud, consiste en fotocopias de talones y recibís firmados por el trabajador que percibió las remuneraciones, sin que conste que las mismas estén incluidas en las nóminas.

Al que resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Son varias las cuestiones que deben resolverse para contestar a la solicitud formulada por el señor Alcalde del Ayuntamiento de : la primera de ellas, la relativa al régimen jurídico de las retribuciones percibidas por empleados públicos por trabajos desempeñados más allá de su jornada laboral, segundo, la calificación de las conductas descritas en la solicitud del informe a efectos de su legalidad o no, tercero, si se concluyera que son ilegales, determinar si tiene relevancia penal y, por último, determinar si la hipotética responsabilidad penal es imputable al Ayuntamiento.

Segundo.- La normativa sobre tiempo de trabajo prestado por encima de la jornada laboral está integrada por el artículo 24 y 27 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP- y 85.6 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha –LEPCM- de donde resulta que el trabajador –en principio tanto laboral como funcionario- tiene derecho a percibir retribuciones por el tiempo de trabajo desempeñado por encima del tiempo ordinario de trabajo de su jornada laboral, con los límites, en caso de tratarse de personal laboral, previstos en el artículo 35 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –no más de 80 horas al año, salvo que se compensen con descansos y con carácter voluntario, salvo pacto en contrario-.

Tercero.- En principio la realización de tales horas será decidida por el responsable del personal –en el caso del Ayuntamiento, por el Alcalde, conforme al artículo 21.1.h) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local-. La retribución devengada por la realización de las mismas, en el caso de que no decidan compensarse

mediante descansos, y sin perjuicio del cumplimiento de la normativa presupuestaria, están sujetas a cotizaciones de Seguridad Social conforme a lo previsto en los artículos 109 y 111 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y, como rentas de trabajo que son a los efectos del artículo 6.2.a) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio están sujetas a retención –y correspondiente ingreso a cuenta- e imposición sobre la renta conforme a lo dispuesto en los artículos 15 y 99 de la misma Ley 35/2006, debiendo integrarse a tales efectos en la nómina del trabajador sin perjuicio de que pueda optarse por abonarlas a través de cualquier medio válido en derecho.

Cuarto.- En cuanto a la responsabilidad penal dimanante de las conductas descritas, no procede que dicha cuestión sea resuelta por el Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de toda vez que la calificación jurídico penal de las conductas de responsables municipales no corresponde al mismo por exceder sus atribuciones.

Quinto.- No obstante, y pasando propiamente a contestar la pregunta formulada por el consultante relativa a la responsabilidad penal atribuible al Ayuntamiento, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad de las personas jurídicas presenta connotaciones especiales en relación al régimen general de responsabilidad de las personas físicas. Dichas especialidades se ven acentuadas en el caso en que en estas responsabilidades se muestra el elemento subjetivo con especial relevancia, tanto respecto a los supuestos de hecho que pueden dar lugar a la responsabilidad como respecto a las consecuencias de la misma, siendo el ejemplo más claro el de la responsabilidad penal.

Sexto.- Nuestro derecho se había resistido a reconocer la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran estar incurso en responsabilidad penal, es decir, que se le atribuyera la comisión de delitos o se procediera a imponerles penas, en aplicación de la regla tradicional "*societas delinquere non potest*".

No obstante la reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal –en adelante, CP- operada por el artículo 4.único de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que introduce el artículo 31 bis abrió la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, disponiendo su apartado 1:

En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

Séptimo.- Por otra parte, la posibilidad de atribuir responsabilidad penal no se reconoce para toda clase de persona jurídica sin distinción, sino que hay ciertas categorías que quedan excluidas de la misma, como es el caso de algunas personas jurídicas públicas, entre ellas las Administraciones públicas. A este respecto prevé el artículo 31 quinquies 1 introducido en el CP por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal:

Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

Debe tenerse en cuenta que el transcrito artículo 31 quinquies entró en vigor el día 1 de julio de 2015 –conforme a la disposición final octava de la Ley Orgánica 1/2015- fecha posterior a que ocurrieran los hechos referidos en la consulta. Sin embargo, en el momento de los hechos estaba vigente la redacción que el apartado 5 del artículo 31 bis había recibido por la Ley Orgánica 5/2010 y por la Ley Orgánica 7/2012 cuyo literal es el siguiente:

Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.(...)

En la redacción anterior del precepto –y en la original, pues en punto a la materia del presente informe no tiene transcendencia el cambio operado por la Ley Orgánica 7/2012- queda claro que no es posible considerar penalmente responsables a las Administraciones públicas.

Octavo.- Respecto a los Ayuntamientos, dispone el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su párrafo 1:

Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas(...) c) Las Entidades que integran la Administración Local.

Y el artículo 4.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local:

En su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios (...)

Y la publicada y promulgada pero aún no vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su artículo 2.3:

Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la legislación local (...)

Por tanto, los Ayuntamientos, como lo es el de _____ tienen la condición de Administración Pública aplicándoseles la excepción prevista en el artículo 31 quinquies del CP por lo que no pueden ser objeto de atribución de responsabilidad penal de ninguna clase.

Por tanto, con base en el relato fáctico expresado y los fundamentos jurídicos expuestos procede la formulación de las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La retribución, abono, cotización y retención de las horas extras deberán realizarse conforme a lo indicado en el fundamento jurídico tercero anterior.

SEGUNDA.- El Ayuntamiento de _____, dada su condición de Administración Pública no es sujeto de responsabilidad penal.

Toledo a de de 2015