



INFORME

ASUNTO: SOLICITUD DE INFORME JURÍDICO DEL PORTAVOZ DEL GRUPO ____ EN EL AYUNTAMIENTO DE XXX: NULIDAD DE RESOLUCIONES POR CAUSA DE ABSTENCIÓN.

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha _____, tuvo entrada en el Registro General de la CARM escrito remitido por D. YYY, en calidad de Portavoz Concejal del Grupo Municipal ____ del Ayuntamiento de XXX, poniendo en conocimiento de este Centro Directivo que la Segunda Teniente de Alcalde y Concejal Delegada de Hacienda y Recursos Humanos, D^a ZZZ, ha dictado varias Resoluciones en las que se “reconoce la disposición, obligación y ordenación del pago” a D. AAA, con el que se afirma tiene relación de parentesco de afinidad de segundo grado, concurriendo por tanto causa abstención en el mencionado asunto.

Expuesto lo anterior, solicita a esta Dirección General la emisión de informe jurídico que se pronuncie sobre:

“1.- Si es posible declarar nulidad de pleno derecho de las citadas resoluciones, por incumplir D^a. ZZZ con el deber legal de abstención, previsto en el art. 28.2.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (vigente en el momento de los hechos).

2.- Si de ahora en adelante la Concejal Delegada de Hacienda y Recursos Humanos debe abstenerse de intervenir en cualquier procedimiento en el que figure como interesado D. AAA, en virtud de lo expuesto en el art. 23.2.b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

3.- Si debe ser su superior jerárquico (el Alcalde) quien intervenga en los procedimientos en los que D. AAA figure como parte interesada de acuerdo a lo establecido en el art. 23.3 de la Ley 40/2015”.

SEGUNDO: Con fecha _____, este Centro Directivo envió oficio al interesado, para que, en virtud de lo dispuesto en el art. 73 de la LPACAP, y en el plazo de diez días remitiera “la documentación acreditativa de la relación de parentesco entre D^a. ZZZZ y D.AAA”.

TERCERO: Este requerimiento fue contestado con fecha 24 de noviembre, enviando el Sr. YYY documentación complementaria.

CUARTO: Con fecha de 12 de diciembre, se remitió al Ayuntamiento de XXX escrito en el que, adjuntando la solicitud presentada por el Sr. ZZZ, se le concedía un plazo de quince días para que aportaran cuantos antecedentes y datos relativos al asunto de referencia estimaran oportunos.

QUINTO: Dicho Ayuntamiento respondió a esta Dirección General con fecha 20 diciembre, indicando que:



- Las facturas a que se refiere el Portavoz del Grupo Municipal ____ no han sido firmadas por la Sra. ZZZ, sino por los correspondientes Concejales delegados en la materia, y, en su caso, los respectivos Jefes de Servicio.
- La citada Concejala no ha participado en la contratación de los referidos servicios.
- No existe relación de parentesco entre D. AAA y D^a. ZZZ.

II.- LEGISLACIÓN APLICABLE

- Constitución Española (CE).
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL).
- Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).
- Decreto 53/2001, de 15 de junio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia.
- Decreto nº. 104/2015, de 10 de julio, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Presidencia (modificado por Decreto 21/2015, de 6 de agosto).

III.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS GENERALES

PRIMERA: COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN LOCAL PARA LA EMISIÓN DEL PRESENTE INFORME.

En virtud de lo establecido por el artículo 40 en sus apartados 2.d) y 3.e) del Decreto Regional 53/2001, de 15 de junio, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 5 del Decreto 104/2015, de 10 de julio, corresponde a la Dirección General de Administración Local, “la impugnación, en el ámbito de sus competencias, de actos y acuerdos de las corporaciones que interfieran o menoscaben las mismas, infrinjan el ordenamiento jurídico, o excedan de las competencias de dichas entidades”, así como “el asesoramiento a las Entidades Locales sobre normativa vigente de Régimen Local, administración y gestión de las finanzas municipales, fiscalidad local, contabilidad (...)”, respectivamente.

SEGUNDA: EL DEBER DE ABSTENCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Como ya ha expuesto este Servicio de Asesoramiento a Entidades Locales (SAEL) en informes anteriores, se podría decir que el deber u obligación de abstención en el



procedimiento administrativo tiene su origen en el art. 103 de la CE, al disponer que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales” o que “la ley regulará el sistema de incompatibilidades y las garantías de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones” (refiriéndose a los funcionarios públicos).

La abstención es una obligación de no hacer, de no intervenir en el procedimiento, entendiéndose tal limitación como la de participación en éste, desempeñando las funciones propias del puesto de trabajo que ocupa en la organización, al deber ser realizadas tales funciones con el fin de satisfacer el interés general.

Como bien expone Gabriel Domenech Pacual (Doctor en Derecho. UCH-CEU Valencia en su trabajo “Nuevas Perspectivas del Régimen Local. Tirant lo Blanch. Valencia 2002), dicha obligación se establece para garantizar la imparcialidad de los servidores públicos intervinientes en el procedimiento administrativo, pero ello constituye solo el objetivo inmediato. Imparcialidad significa “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

Como ya señalaba la STC 235/2000, de 5 de octubre, “la imparcialidad en el ejercicio de la función pública viene garantizada, (...) por una serie de cautelas legales, entre las que ocupa un lugar destacado la obligación de abstención y la posibilidad de recusación de los funcionarios cuando concurren determinadas circunstancias previstas legalmente que pueden poner en peligro objetivo la rectitud de la actuación”.

Respecto a la objetividad que se impone a la Administración, decía Fiedrich que “la objetividad es aquella cualidad que permite a una persona superar sus opiniones personales y sus prejuicios, de modo que ve el objeto o la situación tal como es, (...), la objetividad conducirá lógicamente a la ejecución de las acciones más justas”. Asimismo, Sainz Montero, respecto de este principio, mantenía que “el procedimiento administrativo debe facilitar que cada decisión que se adopte sea la mejor posible, (...) teniendo en cuenta los derechos e intereses implicados”.

A la vista de lo anterior, podríamos concluir que el **deber de abstención opera en la Administración como garantía de imparcialidad y objetividad en la actuación de las personas a su servicio**, procurando así la mejor prestación de los intereses generales. Se convierte en una garantía del propio procedimiento o acto administrativo, y de los propios particulares interesados.

Así, algunos autores como Hufen mantienen que la abstención garantiza la igualdad de los interesados en el procedimiento, les proporciona confianza en la objetividad de la actuación administrativa, legitima dicha actuación y evita situaciones incómodas, conflictos de conciencia, a los sujetos obligados a abstenerse.

Ahora bien, junto a las ventajas y garantías que la abstención proporciona al procedimiento, **ésta ha de entenderse como una excepción singular a las normas ordinarias de intervención del personal al servicio de la Administración** (empleados públicos y autoridades) en el procedimiento. En realidad, puede darse la circunstancia de que personas que han sido elegidas por sufragio universal se vean privadas del ejercicio de ciertos derechos, como el de intervención o votación en un determinado asunto, en pro de la objetividad e imparcialidad, y en cumplimiento del deber de abstención; limitación ésta



que puede entenderse restringe asimismo el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes (art. 23.1 de la CE), razón por la cual, en la medida de lo posible, en cada caso, se habrán de valorar y equilibrar los derechos y obligaciones de los participantes en el procedimiento, a fin de no vulnerar los de ninguno de ellos.

Recoge la STJ de Andalucía, de 01/07/2002 que, *“sentado lo anterior, y partiendo de que lo relevante no es tanto que el trato haya sido beneficioso o no, sino que existe realmente una causa de abstención, no puede llevarse este deber de abstención a una interpretación de tal alcance que hiciera inviable la adopción de acuerdos de aprobación del planeamiento urbanístico del tipo del impugnado, por cuanto esta clase de acuerdos afecta siempre a los miembros de la Corporación, en tanto vecinos del municipio y normalmente titulares de derechos e intereses concernidos por el tratamiento urbanístico”*.

Y, la STSJ de Galicia de 23/10/2003, también al referirse a acuerdos adoptados en materia de urbanismo, mantiene: *“ (...) Pero el interés a que se refiere el art. 28.2 de la Ley 30/1992 tiene que consistir en la obtención de una ventaja cierta y concreta, pues de lo contrario, si tuviesen que abstenerse en la aprobación del planeamiento general todos los concejales que tienen propiedades en el término municipal podría resultar imposible dicha aprobación, o quedar desvirtuado el principio democrático de gobierno por la mayoría de los representantes elegidos por los vecinos(...)”*.

Finalmente, indica la STS de 30/04/2004, que *“(...) no siendo suficiente para que la abstención opere, los supuestos como el presente en los que los intereses del Alcalde o Concejales no van más allá del que comparte la generalidad de los miembros de la comunidad (...)”*.

TERCERA: EL DEBER DE ABSTENCIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES LOCALES.

La garantía de objetividad e imparcialidad en el procedimiento administrativo, se exige igualmente tanto para la actuación de las autoridades que participan en el mismo, como para la de los empleados públicos.

En el ámbito local, la manifestación de dicha garantía se recoge en preceptos como:

- El art. 178 de la LOREG, que prevé una serie de causas de incompatibilidad con el cargo de concejal (remisión a la norma realizada por el art. 73.1 de la LRBRL).
- El art. 75.7 de la LRBRL, que establece la obligación de los representantes locales, de formular declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos.
- El art. 75.8 de la LRBRL, que determina que durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, a los representantes locales que hayan ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organice el gobierno local, les serán de aplicación en el ámbito territorial de su competencia las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los



Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

- Y, como complemento de lo anterior, y de forma más directa, el art. 76 de la LRBRL, que dispone, *“sin perjuicio de las causas de incompatibilidad establecidas por la Ley, los miembros de las Corporaciones locales deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones Públicas. **La actuación de los miembros en que concurren tales motivos implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido**”*.

Dicho lo cual, y por expresa remisión del mencionado precepto, resulta de aplicación a los miembros de las Corporaciones Locales, hasta el día 2 de octubre de 2016, los arts. 28 y ss de la LRJPAC (en virtud de la Disposición Final Décimo Octava de la Ley LRJSP), y desde ese momento, el art. 23 de la LRJSP, según el cual, *“1. Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el apartado siguiente se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente”*; recogiendo en el punto segundo las causas de abstención, entre las que destacamos para el caso que nos ocupa, la prevista en la letra b): *“Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y **el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados**, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato”*. Este precepto queda completado con el art. 24 de la LRJSP, que regula la recusación (a instar por los interesados), como alternativa a la abstención (a apreciar por la propia autoridad o el funcionario), cuando la primera no se aprecia, y sin embargo concurren causas en el procedimiento que pueden ser determinantes de la falta de imparcialidad en la tramitación del mismo (Regímenes similares, que no presentan diferencias en lo que aquí interesa).

No obstante lo expuesto, como decía González Navarro, sólo deben abstenerse aquellos servidores públicos que con su intervención puedan influir, positiva o negativamente, sobre el contenido del acto que ponga fin al procedimiento.

A nivel reglamentario, el ROF señala en su art. 67.2, que *“cuando durante la celebración de una sesión hubiere de abstenerse de intervenir el Presidente en relación a algún punto concreto de la misma, conforme a lo previsto en el artículo 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, le sustituirá automáticamente en la presidencia de la misma el Vicepresidente a quien corresponda”*.

Por su parte, su art. 96 indica que, *“en los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 76 de la Ley 7/1985, algún miembro de la Corporación deba abstenerse de participar en la deliberación y votación, deberá abandonar el Salón mientras se discuta y vote el asunto, salvo cuando se trate de debatir su actuación como corporativo, en que tendrá derecho a permanecer y defenderse”*.



Preceptos ambos que han de ser completados con lo dispuesto en los arts. 183 y 185, del mismo cuerpo normativo.

Al hilo de lo anterior, Francisco Velasco Caballero, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid, en su publicación “¿Cuándo deben abstenerse los Concejales?” (Instituto de Derecho Local-Universidad Autónoma de Madrid), concluye que: “(...) *El deber de abstención de todos los cargos públicos, que está recogido en el vigente art. 28 de la LRJ-PAC concreta el principio de objetividad que el art. 103.1 CE impone a todas las Administraciones Públicas. Ahora bien, ese mandato constitucional de objetividad ha de convivir, cuando se proyecta sobre la Administración municipal, con otra opción constitucional específica para los Ayuntamientos: que su gobierno y administración corresponde a los concejales elegidos por los vecinos (art. 140 CE) y que el ejercicio de esa función representativa se articula como un derecho fundamental de los concejales electos (art. 23.2 CE) y como un derecho fundamental de los ciudadanos a participar mediatamente en los asuntos públicos “por medio de representantes” (art. 23.1 CE) (...)*”.

Añade asimismo que: “(...) *La interpretación del art. 28 LRJ-PAC conforme a los arts. 140 y 23 CE lleva a concluir que sólo en situaciones de notoria trascendencia para la satisfacción del principio constitucional de objetividad (art. 103.1 CE) los concejales integrantes de la junta de gobierno están rigurosamente sometidos al genérico deber de abstención del art. 28.1 LRJ-PAC. La “notoria trascendencia” a que se hace referencia no resulta inmediatamente del simple cumplimiento de los supuestos de hecho del art. 28.2 LRJ-PAC, sino que será necesario apreciarla caso a caso, en función de cada concreto contexto. Pueden ser factores determinantes de aquella “notoria trascendencia” el tipo de decisión a adoptar (si discrecional o estrictamente reglada), el que la decisión a adoptar siga a una previa propuesta de resolución, o que entre los miembros de la junta de gobierno haya discrepancias que hagan determinante la posición de un concreto concejal*”.

CUARTA: CLASIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN.

Tradicionalmente las causas de abstención se han clasificado en objetivas y subjetivas, siendo las primeras, aquellas circunstancias o hechos personales concurrentes en empleado o autoridad pública que lo relacionan con los interesados (ej.: parentesco, relación de servicio...); refiriéndose las segundas a aquellas circunstancias o hechos que ponen al citado empleado o autoridad pública en relación con el objeto del procedimientos, impidiéndole actuar con la debida objetividad (ej.: tener interés directo en el mismo).

Manifestaba el TC, en auto 26/2007 de 5 de febrero, que: “(...) *Con arreglo a tal criterio la jurisprudencia de este Tribunal viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él (SSTC, por todas, 145/1988, de 12 de junio ...). En cualquier caso, desde la óptica constitucional, para que en garantía de la imparcialidad un Juez pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto es siempre preciso que existan dudas objetivamente justificadas; es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar*



fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la Ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico. Ha de recordarse que, aun cuando en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática, no basta con que tales dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC, por todas SSTC, por todas, 162/1999, de 27 de septiembre; 69/2001, de 17 de marzo ...)

En cuanto a la interpretación de las causas de abstención, el TS al hablar de las mismas respecto a Jueces y Magistrados, mantuvo la necesidad de que ésta se hiciera de forma restrictiva (ej. STS de 20/01/1996), postura que fue muy criticada por la doctrina procesalista. Así, Montero Aroca sostiene que, *“si la abstención entra en juego contraponiendo dos derechos de rango fundamental, como son el derecho al juez predeterminado por la ley y el derecho a la imparcialidad del juez, de lo que se trata es de hacer compatibles esos dos derechos, pero no de sacrificar (o primar) uno al otro con base en una pretendida necesidad de interpretar de forma restrictiva”*.

En el primero de los sentidos, recogía el mencionado auto del TC que *“Nuestra jurisprudencia también ha destacado que la composición específica de este Tribunal Constitucional, cuyos Magistrados no son susceptibles de sustitución, conduce a una interpretación estricta o no extensiva de las causas de recusación o abstención previstas en la LOPJ (STC 162/1999, de 27 de septiembre). En dos recusaciones muy recientes, formuladas además en este mismo proceso constitucional, hemos recordado (con cita de la STC 162/1999, de 27 de septiembre que, «en la medida en que las causas de recusación permiten apartar del caso al juez predeterminado por la ley, la interpretación de su ámbito ha de ser restrictiva y vinculada al contenido del derecho a un juez imparcial»; «interpretación restrictiva que se impone más aún respecto de un órgano, como es el Tribunal Constitucional cuyos miembros no pueden ser objeto de sustitución» (ATC 394/2006, de 7 de noviembre y 383/2006, de 2 de noviembre. Una interpretación restrictiva no comporta, sin embargo, la exclusión de la posibilidad de que se aprecien abstenciones o causas de recusación”*.

No obstante lo anterior, hoy día la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han optado por una interpretación teleológica y sistemática de las normas que regulan las causas de abstención, lo que permite atender a las conexiones de éstas con el resto del ordenamiento jurídico del que forma parte, y ayuda, en su caso, a establecer el alcance de éstas atendiendo al fin con que fueron creadas por el legislador, y sobre todo a los objetivos que se buscaron con su establecimiento; máxime cuando en el ámbito administrativo nos encontramos con una importante diversidad de situaciones que pueden plantearse.

Ya la STS de 13/09/1996 afirmaba que: *“Ahora bien, también lo es que la propia doctrina de la Sala ha insistido en la necesidad de efectuar una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales que se justifican no por el puro formalismo de su realización sino por la finalidad a que responden, en cuya valoración han de tenerse en cuenta las especialidades de la disposición general de que se trate”*.



Y, la STS de 11 de diciembre de 2008, además, pone especial énfasis en que, más allá de la existencia de una causa formal de abstención, es necesario para que la misma despliegue sus efectos, que en el caso concreto la participación de un concejal en un acuerdo ponga efectivamente en riesgo “la objetividad e independencia” del ayuntamiento.

Señala Domenech Pascual, en su precitada obra, que debe tenerse muy presente la ratio legis del correspondiente precepto y, sobre todo, la incidencia que en cada caso concreto tienen los valores jurídicos que justifican su abstención o que impiden que ésta no rebase ciertos límites. Apuntando la necesidad de ponderar diversos factores a la hora de interpretar el alcance de las causas de abstención, señala no de forma taxativa, los siguientes:

- La legitimidad democrática del sujeto eventualmente obligado a abstenerse (el valor constitucional de la democracia pide en estos casos una interpretación restrictiva).
- La posibilidad de sustituir al correspondiente servidor público en el desempeño de sus funciones (debiéndose interpretar las causas de abstención de forma restrictiva cuando no cupiese la sustitución).
- La gravedad que para los derechos e intereses de los ciudadanos tiene la decisión que se prepara en el procedimiento administrativo (cuanto mayor es la intensidad de la afectación o la importancia del derecho o interés afectado, tanto mayor es la necesidad de proteger al titular del mismo a través de las garantías que ofrece el procedimiento y, por lo tanto, tanto más justificada estará una interpretación extensiva de los motivos de abstención).
- El grado de discrecionalidad de que la Administración dispone para adoptar el correspondiente acto (cuanto más amplio es el margen de discrecionalidad de la Administración para decidir, mayor importancia cobra el procedimiento y, mayores han de ser las garantías).

De todo lo expuesto se deduce que para que proceda el deber de abstención, además de concurrir el supuesto de hecho tipificado, la intervención en el procedimiento debe reunir otra característica para estar prohibida, y es la aptitud para influir en el contenido de la decisión que finalmente se adopte, justificándose la prohibición de una actuación en la medida en que pueda determinar de alguna manera el sentido de la voluntad administrativa.

Esto no quiere decir que se adopte un criterio laxo sobre el deber de abstención, sino que se deberá estar a las circunstancias de cada caso concreto para valorar la concurrencia de la causa de abstención, si ésta ha de desplegar sus efectos, y en si el acto dictado es válido.

En este sentido, sin embargo, el TSJ de Castilla León de Valladolid, en Sentencia de 27/02/2011, refiriéndose a otra del TS de 04/05/2005, concluye: “(...) *En primer lugar, porque ni la Ley 30/1992 ni la legislación de Régimen Local dicen eso, como acabamos de comprobar, ya que no se distingue según que se trate de la aprobación de disposiciones generales o del dictado de actos administrativos singulares; y, en segundo lugar, porque será en cada caso y en función de las circunstancias concurrentes donde deberá examinarse si realmente la intervención del miembro de la Corporación resulta incompatible con el interés general al que debe servir, pudiendo traer a colación en este punto la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de abril de 2005, dictada en el recurso de casación 5548/2002, Ponente*



Excma. Sra Pico Lorenzo que recoge la anterior de fecha 26 de febrero de 1990 donde se deja constancia de que "la Administración tiene que actuar siempre de forma que sus actuaciones, tanto por la forma como por el fondo, puedan provocar confianza en el administrado, y aunque el artículo 23 de la LPA 1958 adopta un criterio flexible, su lectura reposada permite concluir que, en principio y como regla general, hay que inclinarse por considerar inválidos los actos dictados por órganos cuyo titular incurra en causa de recusación, y que sólo excepcionalmente debe mantenerse la validez de un acto dictado en esas condiciones. Las circunstancias aquí concurrentes, los intereses privados en juego, la facilidad con que se puede llevar al ánimo de los ciudadanos en temas como los inmobiliarios que se está produciendo una confusión de lo público y lo privado, no precisamente en interés de lo público, hacían en este caso no sólo aconsejable sino ineludible que se hubiese producido la abstención del Conseller".

Así, a la vista de los antecedentes y atendidas las consideraciones jurídicas, se emiten las siguientes

IV.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS ESPECÍFICAS

PRIMERA: Analizada la documentación remitida por el Sr. YYY en fecha 24 de noviembre del pasado año, se constata que no queda acreditada la causa de abstención alegada por éste (relación de parentesco de afinidad de segundo grado entre la Concejala D^a ZZZ y D. AAA).

Y ello por cuanto que consta en el acta matrimonial aportada por el Sr. YYY, sentencia dictada por la Juez de Primera Instancia nº 3 de Murcia de veintiuno de marzo de dos mil trece de divorcio de los contrayentes D. AAA y D^a ZZZ (teniendo en consideración que las resoluciones objeto de polémica datan de junio de 2015 en adelante).

SEGUNDA: Ello no obstante, y a mayor abundamiento, se efectúa la siguiente observación.

Todas las Resoluciones traídas a colación en la solicitud realizada por el Sr. YYY, y sobre las que se interesa la nulidad de pleno derecho, tienen por objeto resolver "el reconocimiento de la obligación y la ordenación del pago", "el reconocimiento de la disposición, obligación y ordenación del pago", o, "el reconocimiento de la acumulación de las fases de disposición, obligación y la ordenación del pago" de una serie de créditos o facturas que se relacionan en las mismas, y entre las que se encuentran las del Sr. AAA (respecto del que el interesado indica que es cuñado de la concejala que resuelve).

Es decir, tales Resoluciones aprueban fases de gestión del gasto recogidas en el art. 184 del TRLHL, posteriores a la de autorización, abarcando en un solo acto administrativo dos o más fases de ejecución.

Dichos gastos además, se han de ajustar al procedimiento de contratación que en cada caso establece al efecto el TRLCSP.



Por lo anterior, si para contraer dichos gastos se ha seguido el procedimiento establecido al efecto en la normativa de contratación, si el mismo no incurre en vicios de nulidad, tales como los recogidos por el art. 32 del TRLCSP; si el contratista ha realizado el objeto del contrato al que se comprometió; si la factura se ajusta a lo comprometido, así como a los requisitos formales exigidos por la norma al efecto; si se realiza en sede municipal la tramitación previa al reconocimiento de obligaciones recogida en la Base 21 de las Bases de Ejecución de Presupuesto, aprobadas por el Ayuntamiento de XXX para el ejercicio 2016; y, dichas facturas son fiscalizadas favorablemente por la intervención municipal, la Administración (y en este caso el Concejal delegado) no puede más que reconocer la obligación y aprobar el pago al contratista, respetando el orden de prelación de pagos.

Es más, realizado por el contratista el objeto del contrato al que se obligó, nace en todo caso la obligación de la Administración de abonar el precio pactado; incluso en el caso de existir algún tipo de irregularidad en la tramitación del procedimiento de contratación, una vez realizada la correspondiente prestación por parte del contratista, y recibida por la Administración, ésta deberá abonar el importe de la misma, en evitación de su enriquecimiento injusto, tal y como admite constante jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en Sentencias como las de 29 de octubre de 1980, 25 de junio de 1981 y de 24 de abril de 1989.

Por lo expuesto, si se ha seguido todo el iter del procedimiento de ejecución del gasto de forma ajustada a derecho, la Resolución de "reconocimiento de la obligación y ordenación del pago" no es más que un "acto reglado" de la Administración. Es decir, habiéndose observado todos y cada uno de los trámites del procedimiento, y existiendo la fiscalización favorable, el Alcalde o Concejal delegado no puede más que reconocer la obligación y ordenar el pago.

Cuestión distinta es que existiera algún vicio de nulidad en el procedimiento, que alcanzara la fase final de reconocimiento de la obligación y ordenación del pago, como ocurre en el supuesto que aborda el Consejo Consultivo de Castilla la Mancha en su Dictamen 114/2008, de 4 de junio: "(...) **Entendiendo no ajustada a derecho la aprobación de la factura en cuestión, por adolecer de nulidad el contrato administrativo de la que deriva al concurrir la prohibición de contratar contemplada en el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al ser el señor X esposo de la Concejala de ese Ayuntamiento D^a. W, el Concejal indicado ha interpuesto recurso de reposición contra el acuerdo indicado, solicitando: ... Como quiera que el acto cuya nulidad se pretende es la fase final (su abono al contratista) de un contrato administrativo afectado de nulidad, debe considerarse también como nulo el acuerdo de aprobación del cumplimiento de tal obligación. Nulidad que, sin embargo, no comporta la exoneración del abono por parte de la Administración Local del contrato ya cumplido por las razones que se exponen en la siguiente consideración. Declarada la nulidad en los términos expuestos, y en cuanto a los efectos de dicha declaración, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 65.1 del TRLCAP, según el cual "la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido". Asimismo, una vez realizada la correspondiente prestación por parte del**



contratista, y recibida por la Administración, ésta deberá abonar el importe de la misma, en evitación de su enriquecimiento injusto, tal y como admite constante jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en Sentencias como las de 29 de octubre de 1980 (RJ 1980\3964), 25 de junio de 1981 (RJ 1981\2483) y de 24 de abril de 1989 (RJ 1989\5528) (...)”.

Así, a juicio de quien suscribe este informe, **dado que, según indica el Ayuntamiento la Concejal no ha participado en la contratación de los servicios que han dado origen a las facturas que nos ocupan, aunque hubiese existido relación de parentesco (relación que no ha sido acreditada), no queda probado que con dichas Resoluciones el Sr. AAA haya obtenido una ventaja cierta y concreta, que no hubiera conseguido de ser otra la autoridad que hubiera resuelto.**

Es decir, aun en el caso de que existiera la correspondiente relación de parentesco, no se argumenta y justifica la existencia de una “duda suficientemente fundada” de que la Concejal no ha actuado de forma objetiva y sí discrecional, máxime cuando, como ya se ha indicado dichas Resoluciones se tratan de un acto reglado, siempre que la fiscalización del expediente haya sido favorable.

Lo importante en el presente caso sería responder a la siguiente pregunta: en el supuesto de que concurriera el supuesto de hecho que da origen a la abstención, si hubiera dictado la Resolución cualquier otra autoridad del Ayuntamiento ¿hubiera podido resolver en otro sentido? Creemos que la respuesta es negativa, siempre que el expediente se haya tramitado de forma correcta y ajustándose a la legalidad.

Cosa distinta es que la mencionada Concejal hubiera participado en el proceso de contratación (en el que sí puede existir un mayor grado de discrecionalidad al resolver), o haya dictado la Resolución existiendo reparos de la intervención.

TERCERA: Atendida la consideración anterior, la segunda de las cuestiones planteadas en el escrito de 26 de octubre de 2016 no tiene sentido para el caso que nos ocupa, por no concurrir causa de abstención alguna.

Ello no obstante, y para el caso hipotético de que se hubiera producido causa de abstención, indicar que no se puede dar una respuesta absoluta y genérica, puesto que la Concejal de Hacienda, al igual que el resto de autoridades y funcionarios públicos, deberán de abstenerse de intervenir en aquellos procedimientos en los que, concurriendo alguna de las causas de abstención señaladas en el art. 23 de la LRJSP, su participación pueda poner en riesgo la objetividad e imparcialidad de la Administración en resolución del asunto, más allá de la defensa del interés público. Por lo que deberá valorarse cada caso de forma concreta y aislada.

CUARTA: Asimismo, resultando que no concurre causa de abstención, no tiene razón de ser la tercera de las cuestiones planteadas por el Sr. YYY.

No obstante, y sólo a efectos de asesoramiento, ha de reseñarse que, tal y como establece el citado art. 23.1 de la LRJSP, en caso de que la Concejal apreciara su deber de abstención en un asunto para inhibirse de la resolución del mismo, pondrá en conocimiento de su superior inmediato tales circunstancias, quien resolverá lo procedente; debiendo



entenderse que las competencias que ejerce un Concejal, siempre le corresponden por delegación de la Alcaldía, que es quien ostenta la titularidad de las mismas.

V. CONCLUSIONESS

Primera.- A la vista de la documentación remitida, NO queda acreditada la causa de abstención alegada por el Sr. XXX, Portavoz Concejal del Grupo Municipal ___ del Ayuntamiento de XXX, esto es, la relación de parentesco de afinidad de segundo grado entre la Concejal D^a ZZZ y D. AAA.

Segunda.- Aun concurriendo causa de abstención (que no es el supuesto), a pesar de ser decisiva la intervención de la Concejal (art. 76 de la LRBRL), se estima que dichas Resoluciones no adolecen de vicio de nulidad, al responder éstas a un “acto reglado” de la Administración, en los términos anteriormente indicados, y al no existir una duda razonable sobre la falta de la imparcialidad de la autoridad que resuelve.

Y todo ello entendiendo que, aunque concurriera el supuesto de abstención pretendido por el interesado, se ha de hacer una interpretación teleológica del mencionado precepto de la LRJSP, atendiendo al espíritu perseguido con la institución de la abstención, manteniendo que una interpretación en sentido contrario, es decir, en sentido amplio, podría violar el derecho de la Concejal al ejercicio de su función representativa (art. 23.2 CE), y el derecho de los ciudadanos a participar mediatamente en los asuntos públicos “por medio de representantes” (art. 23.1 CE).

Es todo cuanto procede informar en el asunto de referencia.

Murcia, documento firmado electrónicamente en la fecha al margen indicada.

V^oB^o

LA JEFE DE SERVICIO DE ASESORAMIENTO
A ENTIDADES LOCALES
Victoria Amate Caballero

LA ASESORA DE RÉGIMEN LOCAL
M^a José Gómez Egea