

INFORME ESPECÍFIC DE SECRETARIA 14/2016

Assumpte: Conseqüències de la no abstenció del Tinent d'Alcalde Sr. Josep Maria Milà en la votació de la Junta de Govern Local que va aprovar inicialment el Pla Parcial Urbanístic 24 de la Budellera.

1.- Antecedents

El Sr. Jordi Martí Font, Conseller del Grup Municipal de la Candidatura d'Unitat Popular ha sol·licitat a aquesta Secretaria General informe jurídic relatiu a la participació del Tinent d'Alcalde Sr. Josep Maria Milà en la Junta de Govern del passat 22 de setembre en la qual es va aprovar inicialment el Pla Parcial Urbanístic 24 la Budellera, tenint en compte l'existència de les causes d'abstenció previstes a l'article 23 de la Llei 40/2015, de règim jurídic del sector públic.

També ha sol·licitat informe similar el Sr. Pau Ricomà, Portaveu del Grup Municipal ERC-MES-MDC, i en el qual es formulen les següents preguntes específiques:

- És legal la participació del Conseller Josep Maria Milà en la votació de l'aprovació inicial del Pla Parcial Urbanístic 24 la Budellera realitzada en la Junta de Govern Local de 22 de setembre de 2016.
- En el supòsit que no es consideri legal la participació del Sr. Milà en aquesta votació, quines conseqüències jurídiques se'n deriven? És vàlida la votació? La sola presència del Sr. Milà no pot condicionar la votació?
- Tenint en compte que la Llei 40/2015, de règim jurídic del sector públic fixa un període de 2 anys d'abstenció per aquests supòsits, quines conseqüències legals pot tenir el fet que el Sr. Milà fos propietari del Despatx Milà –redactor del PP24- tan sols 1 any i tres mesos abans de produir-se la votació de l'aprovació inicial del PP24.?
- Quines conseqüències legals es deriven del fet que un parent de primer grau del Senyor Milà, en concret el seu fill, sigui la persona que signa la redacció del PP24?

Tenint en compte que hi ha coincidència entre el fons dels dos informes sol·licitats, es tracten en un únic informe que analitzarà totes les qüestions plantejades.

2.- Normativa aplicable

a.- Obligació d'emetre informe

L'art. 179 del Text Refós de la Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya, aprovat per Decret Legislatiu 2/2003 (TRLMC), disposa que el Secretari de la Corporació ha d'emetre informe en els següents cassos:

- Quan ho demani el president de la Corporació.

- Quan ho demani 1/3 dels membres de la corporació
- Matèries que requereixen un quòrum especial de votació.
- Quan ho estableixi la legislació de règim local o la legislació sectorial.

L'article 28.2 del Reglament Orgànic Municipal (ROM) preveu:

“Tindran la prerrogativa de demanar informe al secretari general i a l'interventor de la corporació, l'alcalde o els seus delegats, els grups municipals i els consellers independents. La sol·licitud d'informe haurà de fer-se amb cinc dies hàbils d'antelació a la data en què es pretengui, sense perjudici de l'emissió oral dels informes que se sol·licitin en el transcurs de la sessió pels òrgans autoritzats.”

En conseqüència, els Grups Municipals tenen la potestat de demanar informes al Secretari General, i aquest els ha d'emetre en el termini de 5 dies hàbils d'antelació a la data en que es pretengui. L'escrit pel qual se sol·licita l'informe no especifica cap data. En conseqüència, s'emet en el termini de 10 dies hàbils que preveu l'art. 80.2 de la Llei 39/2015, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

b.- Sobre el deure d'abstenció

No s'analitzarà en aquest informe l'existència real o no de causes d'abstenció, ja que això seria l'objecte d'un expedient concret en aquest sentit. El que s'analitzarà són les conseqüències de la participació del Tinent d'Alcalde Sr. Milà en la Junta de Govern de 22 de setembre passat, en el cas que realment existissin causes d'abstenció.

Les entitats locals, com a subjectes del procediment administratiu local, tenen uns procediments propis per a la formació i exteriorització de la seva voluntat, que formen part de les seves normes d'organització i funcionament. Pel que fa als òrgans col·legiats, l'aptitud dels membres que formen part d'un òrgan per participar en un procediment administratiu, ve determinada per la seva adscripció a l'òrgan administratiu. No obstant hi pot haver supòsits en els quals aquella aptitud pot estar afectada quan un membre de l'òrgan pot tenir interessos, o donar-se unes circumstàncies que aconsellin la seva no intervenció en el procediment. És el supòsit de l'obligació legal d'abstenció i la recusació dels titulars d'aquests òrgans. En definitiva, el que cerca la normativa és l'absència de parcialitat en el comportament de l'administració, tenint en compte que aquesta ha de servir amb objectivitat l'interès general.

El deure d'abstenció dels membres de les corporacions locals està regulat a l'article 23 de la Llei 40/2015, de règim jurídic del sector públic (LRJ), l'article 75 de la Llei 7/1985, reguladora de les bases de règim local (LRBRL), article 167 del Text Refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, aprovat per Decret legislatiu 2/2003 (TRLMC), article 19 del Reglament Orgànic Municipal de l'Ajuntament de Tarragona (ROM), i arts. 21, 96 i 185 del reglament d'organització, funcionament i règim jurídic dels ens locals, aprovat per Real Decret 2568/1986 (ROF).

L'art. 76 LBRL, preveu l'obligació dels membres de les Corporacions locals d'abstenir-se de participar en la deliberació, votació, decisió i execució quan concorri alguna causa d'abstenció de les previstes a la normativa de procediment administratiu i a la de contractes de les administracions públiques.

Són motius d'abstenció d'acord amb l'art. 23.2 LRJ:

1. Tenir un interès personal en l'assumpte, o en un altre la resolució del qual pugui influir la d'aquell, ser administrador de la societat o entitat interessada, tenir una qüestió litigiosa pendent amb algun interessat.
2. Tenir un vincle matrimonial o situació de fet assimilable o parentesc de consanguinitat dins el quart grau, o afinitat dins el segon grau, amb qualsevol dels interessats, amb administradors d'entitats o societats interessades i també amb els assessors, representants legals o mandatariis que intervinguin en el procediment, així com compartir despatx professional o estar associats amb aquests per l'assessorament, la representació o el mandat.
3. Tenir amistat íntima o enemistat manifesta amb alguna de les persones descrites al paràgraf anterior.
4. Haver intervingut com a pèrit o com a testimoni en el procediment de que es tracti.
5. Tenir relació de servei amb persona natural o jurídica interessada directament en l'assumpte, o haver-li prestat en els dos últims anys serveis professionals de qualsevol mena i en qualsevol circumstància o lloc.

En el supòsit objecte d'aquest informe, analitzats els escrits presentats pels grups municipals que sol·liciten l'informe, ens trobaríem davant el segon supòsit (parentiu dins el quart grau de consanguinitat amb interessat), i el cinquè (haver prestat serveis professionals en els últims 2 anys).

En el cas que en el Tinent d'Alcalde Sr. Milà concorrin algun d'aquests supòsits, estarà en causa d'abstenció i per tant hi ha una obligació genèrica d'abstenció de la participació en la deliberació, votació, decisió i execució, tal i com preveuen els articles 76 LBRL i 167 TRLMC.

L'article 19 del ROM preveu que els consellers s'hauran d'abstenir quan es donin els supòsits previstos a la normativa. I en aquests supòsits, el segon punt del mateix article especifica que és el President de l'òrgan col·legiat qui, si estima que la presència del conseller pot condicionar el debat i sentit de vot dels altres conseller, pot disposar que el conseller afectat abandoni la sala.

El que incorpora el ROM és que no és necessari que el conseller abandoni la sala on se celebra la reunió de l'òrgan col·legiat, sense perjudici que no pugui participar ni en la deliberació ni en la votació.

L'article 96 del ROF preveu no obstant, que el conseller que es trobi en un supòsit d'abstenció ha d'abandonar la sala mentre es discuteixi i es voti l'assumpte.

O sigui, el que segons el ROM és potestatiu de la Presidència, segons el ROF és obligatori. Per resoldre aquesta aparent contradicció, ens hem de remetre a la Resolució de 27 de gener de 1987 de la “*Dirección General de Administración Local*” sobre posició ordinal del ROF i la seva aplicabilitat a les entitats locals que disposen de ROM, segons la qual, els Títols II i III del ROF només s’apliquen als ens locals que no disposen de ROM propi.

Doncs bé, l’article 96 del ROF es troba en el seu Títol III, i en conseqüència, tenint en compte que l’Ajuntament de Tarragona disposa de ROM, aquell no s’aplica. En conclusió, a l’Ajuntament de Tarragona, és d’aplicació l’article 19.2 ROM, i tot i que quan hi ha causes d’abstenció sí que existeix l’obligació d’abstenir-se de participar en la deliberació i la votació, no existeix l’obligació d’abandonar la sala on se celebri la sessió de l’òrgan col·legiat. Només s’haurà d’abandonar (sense perjudici que decideixi fer-ho l’afectat pel seu compte), si el President considera que la seva presència pot condicionar el debat i la votació, i així ho disposa.

c.- Sobre les conseqüències de la no abstenció

L’art. 23.2 LRJ preveu que la no abstenció no provoca necessàriament la invalidesa de l’acte.

L’article 76 LRBR (i en el mateix sentit els articles 167.2 TRLMC i 185 ROF) especifica els supòsits en els quals la no abstenció de qui està obligat a fer-ho implica la invalidesa de l’acte. En aquest sentit, només comporta la invalidesa dels actes quan la participació de qui estava obligat a abstenir-se ha estat determinant.

Determinant vol dir que en el supòsit que s’hagués abtingut, el resultat de la votació hagués estat diferent. Per tant, si el resultat aplicant l’abstenció (o sigui, descomptant el vot de qui estava obligat a abstenir-se) és idèntic, la no abstenció no afecta a la validesa de l’acte administratiu.

A la pràctica són dos els supòsits en els quals la participació en la votació d’un conseller que està obligat a abstenir-se afecta a la validesa de l’acord adoptat:

- Quan l’acord requereix d’un quòrum específic que no s’hagués assolit sense la participació del conseller afectat.
- Quan és el vot del conseller afectat el que desfà l’empat que es podria produir si no hagués votat a favor de l’acord.

En aquest sentit, i pel que fa a l’afectació de la validesa dels acords d’òrgans col·legiats en la votació dels quals han participat regidors que tenien el deure legal d’abstenir-se, la Jurisprudència té una interpretació reiterada i unànime. Per il·lustrar un informe, se’n reproduïx una mostra.

Així, la STS de 6 de desembre de 1985 (RJ\1985\6381), en el seu Fonament de Dret Segon, especifica (i en idèntic sentit STS de 25 de maig de 1987, RJ\1987\5841):

Tanto con arreglo a la especial norma del artículo 227 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, conforme a la cual el Alcalde y los Concejales no podrán tomar parte en las deliberaciones y acuerdos sobre asuntos en que tengan interés directo, por lo que incluso deben abandonar el salón mientras se discute y vota el asunto, como al tenor de lo estatuido con carácter general en el artículo 20, en relación con el 47, de la Ley de Procedimiento Administrativo que regula el deber de abstención de las autoridades y funcionarios en casos análogos, la nulidad consiguiente a la actuación de quienes por tal motivo debieron no intervenir en el acto únicamente se origina, según los apartados 3 y c) respectivamente de estos artículos, cuando con tal participación se conculquen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; por lo que la Jurisprudencia ha declarado la invalidez del acuerdo si la infracción del artículo 227 tiene transcendencia «sustancial, no sólo en cuanto a la defensa del criterio que inspiró aquel acuerdo haciéndolo prevalecer sobre el parecer contrario, sino en cuanto condujo a una votación obtenida por un quórum que en otro caso no hubiera existido» -sentencia de 30 de marzo de 1959, e inversamente mantiene su eficacia si, al tomarse el acuerdo por unanimidad, la eliminación de quién debió abstenerse no hubiera alterado el resultado de la votación -sentencia de 18 de mayo de 1976.

La STS de 27 de gener de 2000 (RJ\2000\52, en el seu fonament de dret Cinquè específica:

Lo primero que hay que responder a ese argumento es que el acto impugnado, mediante el que se aprobó un proyecto de edificación gracias al voto del concejal señor A., que debió abstenerse, es nulo de pleno derecho, según el artículo 47.1 c) de la LPA, ya que se adoptó incumpliendo una regla esencial para la formación de la voluntad de un órgano colegiado. El artículo 76 de la Ley de Bases de Régimen Local, aunque no hable de nulidad, especifica que «la actuación de los miembros (de las corporaciones locales) en que concurren tales motivos (de abstención) implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido ». Este precepto viene a concretar y especificar lo dispuesto en el artículo 20.3 de la LPA, a cuyo tenor «la actuación de funcionarios en los que concurren motivos de abstención no implicará necesariamente la invalidez de los actos en que hayan intervenido», debiéndose concluir entonces que sí la implicará cuando la actuación haya sido relevante .

En este caso la actuación del concejal señor A. fue determinante, ya que el resultado de la votación fue de 5 votos a favor de la aprobación del proyecto y 4 en contra, de forma que si el señor A. se hubiera abstenido el resultado hubiera sido de empate a 4, supuesto en que, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 46 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, debería haberse efectuado una nueva votación, con resultado incierto.

A Catalunya, s'hi ha pronunciat el TSJC, en la seva sentència de 31 de gener de 1994, RJCA1994\157, en el seu Fonament de Dret Quart:

c) Pasando a la concurrencia de los motivos de abstención previstos en el artículo 20.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 en relación con los artículos 76 de la Ley 7/1985, 152 de la Ley 8/1987 y 21 y 96 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 noviembre -aplicables al caso por razones temporales- que, en su caso, podrían invalidar los actos de Aprobación Inicial y Provisional de la Modificación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de autos, producidos a 8 de marzo de 1988 y a 27 de junio de 1988 -así resulta de las copias del expediente administrativo remitidos, aunque en las certificaciones emitidas a 21 de octubre de 1992 se hace constar, seguramente por error, como fechas las de 8 de marzo de 1988 y de 27 de junio de 1992 (sic)-, por aplicación del «quórum» preceptivo establecido en el artículo 47.3.i) de la Ley 8/1987, interesa indicar que:

-De un lado, sin perjuicio de lo que seguidamente se dirá, para el acuerdo de aprobación inicial, al haberse adoptado por unanimidad de todos los asistentes, no es dable estimar que la intervención del Alcalde señor V. y del Concejál señor M. hubiera sido decisiva y determinante del sentido del acuerdo adoptado, por lo que no es procedente anular ese acto a tenor del artículo 20.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

-Y de otro, respecto al acuerdo de Aprobación Provisional -adoptado por 6 votos afirmativos y 5 abstenciones-, si bien es cierto que en nuestra anterior S. 18 junio 1993 (Autos 1136/1990) se apreció que el Alcalde señor V. había trabajado como técnico de la empresa «Hilados y Tejidos Puigneró, SA», que el Concejál señor M. había actuado como representante de la misma empresa, incluso que la Concejál señora T. se hallaba en idénticas condiciones de vinculación con esa empresa, y que para los dos primeros supuestos tal circunstancia se ha corroborado mediante la prueba testifical practicada en los presentes autos, otra cosa es tratar de colmar las exigencias de cualquiera de los motivos de abstención contenidos en el artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Y es así, que sin perjuicio de dejar constancia de esas cualidades, de lo que posteriormente se analizará sobre el fondo y de mantener incólume la necesidad de que los titulares de los órganos administrativos deban comportarse de tal modo que no exista en su comportamiento ninguna sombra de favoritismos en beneficio de persona determinada, en el presente caso no se llega a alcanzar que se cumplimenten las exigencias legales, máxime cuando la estructura del procedimiento para la modificación del instrumento de planeamiento que nos ocupa muestra una acusada y relevante trascendencia de otra Administración Pública que, desde luego, no puede empañar el ejercicio de las potestades administrativas urbanísticas de una Administración Municipal.

En conclusió, en el cas d'òrgans col·legiats, si un regidor que té el deure d'abstenció no ho fa, només afectarà a la validesa de l'acord la no abstenció si restant el vot de qui estava obligat a abstenir-se el resultat hagués estat diferent, i no en altre cas.

Aplicant aquesta normativa al supòsit objecte d'aquest informe, a la Junta de Govern del dia 22 de setembre hi van assistir l'Alcalde i 7 Tinents d'Alcalde, i l'acord es va adoptar per unanimitat. La vàlida constitució de la Junta de Govern Local, d'acord amb l'article

112 TRLMC (relacionat amb el 98.c TRLMC) i 41.3 ROM, requereix un quòrum mínim d'un terç del seu nombre legal de membres. Per tant, si es descomptés la participació del Tinent d'Alcalde Sr. Milà de l'esmentada Junta de Govern, es continuaria mantenint el quòrum necessari per a la vàlida constitució de la Junta de Govern. I si descomptem el vot del Tinent d'Alcalde Sr. Milà el resultat no varia, ja que l'acord es va adoptar per unanimitat. En conseqüència, la votació del Tinent d'Alcalde Sr. Milà, tot i estar incurs en una causa d'abstenció, no afecta a la validesa de l'acord adoptat.

3.- Informe

Com a conclusió del que s'ha exposat en els fonaments de dret, la participació del Tinent d'Alcalde en la Junta de Govern del passat 22 de setembre, i la seva participació en la votació de l'acord d'aprovació inicial del Pla Parcial Urbanístic 24, La Budellera, tot i estar incurs en causa d'abstenció, no afecta a la validesa de l'acord, ja que la seva participació no ha estat determinant.

Responent a les qüestions específiques efectuades pel Grup Municipal d'ERC-MES-MDC:

1.- És legal la participació del Conseller Josep Maria Milà en la votació de l'aprovació inicial del Pla Parcial Urbanístic 24 La Budellera realitzada en la Junta de Govern Local de 22 de setembre de 2016?

La resposta a la pregunta de si és legal o no, és difícil d'efectuar. Si per legal entenem si afecta a la validesa de l'acord adoptat, hem d'afirmar que és legal. Ens trobem davant un supòsit en el qual, l'incompliment del deure legal d'abstenció, no té cap efecte jurídic.

2.- En el supòsit que no es consideri legal la participació del Sr. Milà en aquesta votació, quines conseqüències jurídiques se'n deriven? És vàlida la votació? La sola presència del Sr. Milà no pot condicionar la votació?

Ja s'ha justificat que la votació es vàlida, i la votació del Tinent d'Alcalde Sr. Milà no és determinant, ni condiona la votació als efectes previstos a la normativa especificada en aquest informe.

3.- Tenint en compte que la Llei 40/2015, de règim jurídic del sector públic fixa un període de 2 anys d'abstenció per aquests supòsits, quines conseqüències legals pot tenir el fet que el Sr. Milà fos propietari del Despatx Milà –redactor del PP24- tan sols 1 any i tres mesos abans de produir-se la votació de l'aprovació inicial del PP24.?

Les conseqüències són les mateixes independentment de quines i quantes siguin les causes d'abstenció. Allò que importa no és el nombre o qualitat d'aquestes, sinó la seva existència. Una sola causa d'abstenció té els mateixos efectes que dues o que tres. Per tant, aquest fet no provoca cap modificació al fet de que la votació del Tinent d'Alcalde Sr. Milà no sigui determinant, i per tant, no afecti la validesa de l'acord adoptat.

4.- Quines conseqüències legals es deriven del fet que un parent de primer grau del Senyor Milà, en concret el seu fill, sigui la persona que signa la redacció del PP24?

Com ja he anat argumentant, no comporta cap conseqüència legal. Aquest fet comporta una obligació legal d'abstenció. El fet de no haver-se abtingut, com que no ha estat determinant, no afecta la validesa de l'acord adoptat.

Això, sense perjudici de qualsevol altra opinió millor fonamentada.

Tarragona, 5 de desembre de 2016

EL SECRETARI

Joan Anton Font Monclús