

## INFORME

**Asunto:** Posible causa de incompatibilidad y/o abstención de D<sup>a</sup> Teresa López Muñoz, miembro no electo de la Junta de Gobierno Local y Delegada del Distrito nº 2 Málaga-Este, en los procedimientos de concesión de subvenciones a la Asociación de Vecinos Jarazmín de la que era Presidenta

Con fecha 8 de febrero último se recibe en esta Secretaría General solicitud de informe suscrita por todos los miembros del Grupo Municipal Socialista, en relación con el otorgamiento de subvenciones a la Asociación de Vecinos “Jarazmín”, petición de informe que posteriormente, con fecha 11 siguiente, es concretado por su Portavoz, a instancias de esta Secretaría General, en los términos que, seguidamente, se transcriben:

*“...Con fecha 10 de febrero he recibido su respuesta a mi petición de informe sobre la posible incompatibilidad y/o el deber de abstención en la resolución de unas subvenciones concedidas por la Junta de Gobierno Local a la A.V. Jarazmín, cuya Presidenta es D<sup>a</sup> Teresa López Muñoz, Delegada a su vez del Distrito Este y miembro no electo de la Junta de Gobierno Local.*

*El Grupo Municipal Socialista quiere conocer esa posible incompatibilidad y/o deber de abstención en la tramitación, deliberación, decisión y ejecución de las subvenciones concedidas a las asociaciones del Distrito Este de la Ciudad, durante los años 2007, 2008 y 2009.*

*Para su conocimiento, en el año 2007 la Sra. Teresa López era Directora del Distrito Este, órgano instructor de las citadas subvenciones, y al parecer en ese año la subvención de la A.V. Jarazmín fue solicitada por Teresa López como representante legal de la citada asociación ; en el año 2008, al parecer solicitó como Presidenta de la citada asociación, instruyó y propuso como directora del Distrito Este la concesión de la subvención a la Junta de Gobierno Local, que a su vez aprobó con el voto favorable de la Sra. Teresa López, que en el momento de su aprobación ya era miembro no electo de la Junta de Gobierno Local; en 2009, no fue ya órgano instructor, pero sigue solicitando como presidenta de la asociación y aprobando con su voto favorable en la Junta de Gobierno Local que resolvió la concesión de las citadas subvenciones.”*

El informe se solicita a este órgano al amparo de lo previsto en el art. 55.1,d),1º del citado Reglamento, al conformar sus solicitantes un tercio de los miembros de esta Corporación Municipal, procediendo, pues, su emisión.

En atención a lo solicitado, y tras el estudio de la documentación que se nos ha aportado correspondiente a los procedimientos de convocatorias de subvenciones de la Junta Municipal de Distrito “Málaga Este” correspondientes a los años 2007, 2008 y 2009, tenemos el honor de informar lo siguiente:

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

- La Asociación de Vecinos Jarazmín concurre a las convocatorias de subvenciones de la citada Junta Municipal correspondientes a los años 2007, 2008 y 2009, mediante solicitudes presentadas por quien era su Presidenta a las fechas de las respectivas convocatorias (concretamente, en fechas.....2007) , D<sup>a</sup> Teresa López Muñoz.
- La mencionada Asociación resulta beneficiaria de las subvenciones solicitadas en los tres procesos, en virtud de los Acuerdos adoptados por la Junta de Gobierno Local en fechas.....
- Las subvenciones que se le conceden son por los importes y para los destinos que, a continuación, se detallan:

Convocatoria 2007: "SEMANA CULTURAL Y PASTORALES" - 900 €

Convocatoria 2008: "SEMANA CULTURAL Y PASTORALES" - 1.200 €

Convocatoria 2009: "SEMANA CULTURAL Y PASTORALES" - 1.200 €

- La Sra. López Muñoz es nombrada Directora del Distrito "Málaga Este", con la condición de personal eventual, mediante Resolución del Alcalde Presidente de fecha 29 de junio de 2007, permaneciendo en el mismo cargo hasta su cese que se produce mediante Resolución del mismo órgano de fecha 6 de junio de 2008, con motivo de su nombramiento por el Alcalde Presidente, con esta misma fecha, como miembro no electo de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Málaga.
- Conforme a lo declarado por la Sra. López Muñoz, su cargo de Presidenta en la citada Asociación de Vecinos se trata de una actividad no retribuida, y así lo declaró al incluirlo en su Declaración de Actividades y causas de posible incompatibilidad bajo el epígrafe: *Otras actividades o intereses privados que, sin proporcionar ingresos, afecten o esté relacionados con el ámbito de competencias de la Corporación.*
- A la vista de los Estatutos por los que rige la Asociación de Vecinos Jarazmín, la misma es una entidad sin ánimo de lucro.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

- El art. 13 de la **Ley 38/2003**, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, bajo la denominación de "**Requisitos para obtener la condición de**

**beneficiario o entidad colaboradora”** prevé textualmente en su apartado 2, letra d), lo siguiente:

*2. No podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladoras en esta ley las personas o entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes, salvo que por la naturaleza de la subvención se exceptúe por su normativa reguladora:*

*... d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos de la Ley 12 / 1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado <sup>(1)</sup>, de la Ley 53 / 1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas, o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5 / 1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma o en la normativa autonómica que regule estas materias.*

- En idénticos términos se expresa el art. 2. denominado **“Beneficiarios”** en su apartado 4, letra d), de **nuestra Ordenanza** General Reguladora de la Concesión de Subvenciones en Régimen de Concurrencia Competitiva, del siguiente tenor literal:

*4. No podrán obtener la condición de beneficiario de las subvenciones las entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:...*

*d) Estar incurso aquellos que ostenten la representación legal de Asociaciones y Entidades sin ánimo de lucro o bien los representantes de las Agrupaciones de Personas Jurídicas, Públicas o Privadas sin personalidad en alguno de los supuestos de la Ley 12 / 1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53 / 1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas; o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5 / 1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma o en la Normativa autonómica que regule estas materias.*

- De otra parte, el art. 28 de la **Ley 30/1992**, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), dedicado a la **“Abstención”**, señala lo siguiente:

**Artículo 28. Abstención.**

- *Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el número*

---

(1) <sup>1</sup> Entiéndase esta cita referida ahora a la Ley 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, por la que se deroga la Ley 12/95 a la que el precepto alude.

*siguiente de este artículo se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicará a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.*

- *Son motivos de abstención los siguientes:*
  - a) *Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél: ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.*
  - b) *Tener 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.*
  - c) *Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.*
  - d) *Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.*
  - e) *Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años de servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.*
- *La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.*
- *Los órganos superiores podrán ordenar a las personas en quienes se dé alguna de las circunstancias señaladas que se abstengan de toda intervención el expediente.*
- *La no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad.*

- De la abstención también se ocupa la legislación de régimen local y, en concreto, la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) en su artículo 76:

**Artículo 76.**

*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 concorra 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.*

- En idénticos términos se pronuncia nuestra propia reglamentación orgánica municipal y, en concreto, el **Reglamento Orgánico del Pleno**, que en su artículo 91 dispone lo siguiente:

***Artículo 91. Ausencia por causa de abstención.***

*1. Sin perjuicio de las causas de incompatibilidad establecidas por la Ley, los miembros de la Corporación deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurren alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratación de las Administraciones Públicas. La actuación de los miembros en que concurren tales motivos implicará, cuando haya sido determinantes, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.*

*2. En estos casos, el interesado deberá abandonar el Salón mientras se discuta y vote el asunto, salvo cuando se trate de debatir su actuación como corporativo o, en su caso, mociones de censura, en los que tendrá derecho a permanecer y defenderse.*

- La equiparación en derechos y deberes de los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local a los que son electos, que se deduce de lo previsto en los artículos 75.7, 76 y 126.2 de la LRBRL.

**CONSIDERACIONES:**

Citados los preceptos que consideramos de mayor relevancia para el asunto objeto de este informe, partimos de que son dos, a nuestro juicio, las cuestiones que separadamente deben de ser analizadas: de una parte, la incursión de D<sup>a</sup> Teresa López Muñoz en **posible causa de incompatibilidad** determinante, para la Asociación de Vecinos de la que era Presidenta, de la imposibilidad de ser beneficiaria de subvenciones de este Ayuntamiento y, de otra, su **posible causa de abstención** de intervenir en los procedimientos de concesión de tales subvenciones.

Sobre ambas vamos a detenernos a continuación, no sin antes dejar de manifiesto que esta Secretaría General ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre tales cuestiones jurídicas, aunque de manera genérica, en respuesta al asesoramiento que nos solicitó un miembro de esta Corporación. Así nos expresábamos textualmente en informe de fecha 12 de marzo de 2009:

**A) Régimen de incompatibilidad inherente al ejercicio del cargo de Concejal en régimen de dedicación exclusiva.**

En opinión de esta Secretaría General, el mero hecho de ostentar la condición de cargo directivo en Asociación de Vecinos, Asociación profesional, Peña, o cualquier otra entidad sin ánimo de lucro cuya actividad se desarrolle en el ámbito municipal de Málaga o fuera del mismo, no ha de considerarse en principio incompatible con el ejercicio en régimen de dedicación exclusiva del cargo público de Concejal, siempre que el **ejercicio de la función directiva en la entidad de que se trate lo sea como ocupación marginal**, sin que pueda causar detrimento a su dedicación a esta Corporación, **y no remunerada**, supuesto amparado en dichos términos por el art. 13.3 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales con la siguiente redacción:

*“El reconocimiento de la dedicación exclusiva a un miembro de la Corporación exigirá la dedicación **preferente** del mismo a las tareas propias de su cargo, sin perjuicio de otras **ocupaciones marginales** que, en cualquier caso, no podrán causar detrimento a su dedicación a la Corporación. **En el caso de que tales ocupaciones sean remuneradas**, se requerirá una declaración formal de compatibilidad por parte del Pleno de la Entidad Local.”*

Esta opinión también puede deducirse amparada, a sensu contrario, en la doctrina jurisprudencial que declara que no puede considerarse marginal una actividad profesional como la de Procurador de los Tribunales, partiendo de la premisa de que ésta es, **“desde luego, remunerada”** (STS de 12 de abril de 2000), o en otro pronunciamiento jurisdiccional más ilustrativo (STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2003) mediante el que se interpreta el concepto jurídico indeterminado de “ocupación marginal” respecto a un hecho concreto, como es el de la compatibilidad del desempeño del cargo de Alcalde con dedicación exclusiva con su actividad privada de farmacéutico-analista en la que ésta se considera marginal por el Tribunal habida cuenta de las circunstancias que concurren en el caso al considerar que el interesado se limita en la farmacia **“a una actividad de representación, dirección y orientación general”** que sólo le exige una dedicación limitada, dado que en la farmacia trabajan permanentemente dos hijos titulares farmacéuticos, además de otras nueve personas.

Concluyendo de lo anterior, entendemos que la actividad directiva a desarrollar en entidades de la naturaleza descrita puede ser compatible con el desempeño del cargo de Concejal con dedicación exclusiva siempre que lo sea con el carácter de ocupación marginal en la línea que acabamos de exponer, y ello sin perjuicio de la obligación por parte del Concejal interesado de declarar tal ejercicio en el correspondiente Registro de Actividades de esta Corporación al tratarse de una actividad privada que aun no siendo susceptible de proporcionar ingresos, pudiesen afectar o estar en relación con el ámbito de competencias de esta Corporación por las posibles circunstancias que analizamos en el siguiente apartado.

**B) Régimen de incompatibilidad que se deriva para la entidad a cuya directiva pudiera pertenecer el citado cargo respecto a las relaciones jurídicas que pudiera entablar con el Ayuntamiento de Málaga.**

Desde la perspectiva de la entidad, y en función del ámbito de representación que ostentase el Concejal en ella, ésta podría verse incurso en causa de prohibición para ser beneficiaria de subvenciones procedentes de esta Administración Municipal y

de los entes que conforman su sector público, así como, para optar a ser contratista de estos mismos entes, circunstancias éstas que tendrían que ser analizadas para cada supuesto concreto y sin que podamos hacer un pronunciamiento general y apriorístico al desconocerse la extensión de la representación que pudiera llevar aparejada el cargo directivo a desempeñar en la entidad.

Tales limitaciones se derivarían del régimen de incompatibilidades al que se encuentran sometidos los miembros de las Corporaciones Locales y, en cualquier caso, siempre existiría el deber del Concejal de abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a las que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y de contratos del sector público.

Por último, y respecto a la actividad que desarrollare la entidad fuera del término municipal del que el interesado fuese miembro de su Corporación Municipal, no operarían las limitaciones reseñadas en este apartado B) por la mera razón de que las mismas se generan en virtud de la vinculación política del Concejal afectado a una determinada Administración Local y el posible conflicto de intereses que de dicha vinculación se derivare.

Partiendo, pues, del criterio general expresado, se nos solicita ahora el pronunciamiento sobre los hechos concretos que se someten a informe y que quedan resumidos en los antecedentes de hecho que reseñábamos al inicio de este informe, a la vista de los cuales manifestamos lo siguiente:

**I.- Sobre la posible prohibición de la Asociación de Vecinos Jarazmín de ser beneficiaria de subvenciones concedidas por el Ayuntamiento de Málaga por estar incurso su Presidenta en un supuesto de incompatibilidad regulado en la Ley 53/ 1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas:**

Como premisa, dejamos señalado que no nos cabe duda del sometimiento de la Sra. López Muñoz a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, tanto en el ejercicio de su actual cargo de miembro de la Junta de Gobierno Local con delegación de gobierno, en régimen de dedicación exclusiva <sup>(2)</sup>, al ser sus deberes idénticos a los que obligan a los miembros de la Corporación Municipal, como en su cargo anterior como Directora del mismo Distrito por tener dicho puesto, independientemente de su naturaleza de personal eventual, la consideración de personal directivo a los efectos de lo previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora

---

<sup>2</sup> Ver art. 75.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL)

de las Bases del Régimen Local <sup>(3)</sup>, mediante la que se extiende este régimen de incompatibilidades al personal directivo cuyas características define en su apartado 1 -regulándose aquí dicho personal con un criterio más amplio que el señalado en el artículo 130 de la misma Ley-, e incluso a los funcionarios con habilitación de carácter estatal de libre designación.

Retomando la cuestión enunciada en este apartado I, el asunto a dilucidar es si la actual Delegada, y anterior Directora, del Distrito Málaga Este estaría incurso en un supuesto de incompatibilidad de los regulados en los artículos 11 y 12 de la citada Ley 53/84, por entender que el ejercicio de sus sucesivos cargos es incompatible con el ejercicio de su actividad como Presidenta de la Asociación de Vecinos Jarazmín, pues, de ser así, ello llevaría aparejada la imposibilidad para su Asociación de ser beneficiaria de subvenciones concedidas por el Ayuntamiento de Málaga.

Analicemos, pues, la literalidad de los citados preceptos de la Ley 53/84 en lo que interesa para el asunto que comentamos, y que disponen lo que a continuación se transcribe:

**Artículo 11. Incompatibilidad con el ejercicio de actividad privada. Excepciones.**

*1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3, de la presente Ley, el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado.*

*Se exceptúan de dicha prohibición las actividades particulares que, en ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para sí los directamente interesados.*

*2. El Gobierno, por Real Decreto, podrá determinar, con carácter general, las funciones, puestos o colectivos del sector público, incompatibles con determinadas profesiones o actividades privadas, que puedan comprometer la imparcialidad o independencia del personal de que se trate, impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o perjudicar los intereses generales.*

**Artículo 12. Actividades privadas prohibidas. Autorización de compatibilidad de actividades privadas que requiera mayor presencia efectiva que la pública.**

*1. En todo caso, el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá ejercer las actividades siguientes:*

*a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón de puesto público....*

---

<sup>3</sup> Disposición introducida en la Ley 7/85 por la Ley 8/2007, de 29 de mayo, por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

Y por su relación con los anteriores, citamos seguidamente, también, el artículo 9 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, por el que se desarrolla la indicada Ley 53/84:

**Artículo 9.**

*De acuerdo con lo dispuesto en los artículo primero, 3, y once, 1, de la Ley 53/1984, no será posible el reconocimiento de compatibilidad con actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, cuyo contenido se relacione directamente con los asuntos sometidos a informe, decisión, ayuda financiera o control en el departamento, organismo, ente o empresa públicos a los que el interesado esté adscrito o preste sus servicios.*

A la vista de ello, y trasladado al supuesto de hecho que nos ocupa, la incompatibilidad se produce cuando se ejercen actividades privadas, por cuenta propia o **bajo la dependencia o al servicio de** entidades o particulares **que se relacionen directamente** con las que desarrolle la Entidad en la que se estuviera destinado, en este caso, el Ayuntamiento de Málaga.

Por lo que respecta a esto último, es indiscutida la relación directa que se entabla por la Sra. López Muñoz en su calidad de Presidenta de la entidad vecinal con el Ayuntamiento de Málaga, en el momento en el que, ostentando aquélla, acude al procedimiento de concurrencia competitiva abierto por éste, pero ¿puede mantenerse que existe una relación de dependencia o de servicio de la Sra. López Muñoz respecto a la Asociación que preside?. Nuestra respuesta a esta pregunta ha de ser que no basándonos en la documentación de la que disponemos, pues es la propia interesada la que refleja esta actividad privada en su Declaración de actividades y causas de posible incompatibilidad bajo el epígrafe de actividades que no proporcionan ingresos. Y aquí el elemento remunerativo nos parece esencial, pues si existiera, y el cargo de Presidenta de la asociación vecinal fuere retribuido, sí estaríamos ante una clara relación de subordinación de manera que la actividad de la Sra. López Muñoz en el ámbito municipal se proyectaría de manera directa sobre su actividad privada en el ámbito vecinal del que obtendría un beneficio quedando, pues, en entredicho su independencia, pero no debe olvidarse que su actividad privada la ejerce en una entidad sin ánimo de lucro, circunstancia ésta de la que puede presumirse la inexistencia de colisión entre interés público e interés particular, y en dicha línea citamos a continuación ejemplos que abonan el criterio que acabamos de exponer.

Así, traemos a colación, en primer lugar, el artículo 19 de la propia Ley 53/84 -Actividades exceptuadas del régimen de incompatibilidades-, cuya letra e) contempla “*el ejercicio del cargo de Presidente, Vocal o miembro de Juntas rectoras de **Mutualidades o Patronatos de Funcionarios, siempre que no sea retribuido***”.

Más recientemente encontramos cómo se pronuncia el artículo 10 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, cuyo apartado c declara la compatibilidad con *“la participación en entidades culturales o benéficas que no tengan ánimo de lucro o fundaciones siempre que no perciban ningún tipo de retribución o percepción por dicha participación superior a la autorizada por el artículo 3.5 de la Ley 49/2002.....”*

También la misma línea de interpretación se lleva a la práctica en el Formulario a cumplimentar por los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, aprobado en el reciente Reglamento de desarrollo de la antes citada Ley 5/2006, y cuyo modelo de Declaración de Actividades prevé expresamente, cuando se ocupa del “Desempeño de Actividades Privadas”, un casillero a cumplimentar bajo el siguiente enunciado: *“Ejercicio de cargos que llevan anejas funciones de dirección, representación o asesoramiento de sociedades mercantiles y civiles y consorcios de fin lucrativo”*. Deducimos de esto último, que el formulario reglamentado no contempla casillero alguno en el que indicar cualquier otro tipo de desempeño de actividad privada que lo sea en el ámbito de una entidad sin ánimo de lucro, de lo cual, deducimos. a su vez, que no es circunstancia que haya de ser declarada a los efectos de incompatibilidad.

Por citar algún ejemplo más, aludiríamos a la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los Altos Cargos al servicio de la Generalidad de Cataluña, cuyo artículo 8, al tratar también de la compatibilidad con actividades privadas, alude en su letra e) a *“la participación en entidades sin ánimo de lucro”*.

Mismo razonamiento encontramos por último en el Auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de los de Madrid, de fecha 18 de diciembre de 2009, y dictado en las Diligencias Previas nº 5568/2002, relativas a la querrela formulada por el Centro de Estudios Jurídicos Tomás Moro contra el que era Secretario de Estado para la Unión Europea, en la que a éste se le imputa un delito continuado de prevaricación por su presunta intervención en la concesión de unas ayudas a una Fundación de la que era patrono. En dicho Auto, mediante el que se sobreseen las diligencias al quedar demostrado que el querrellado había dimitido de su cargo de patrono con anterioridad a la firma de la concesión de las ayudas, se fundamenta, al amparo de lo preceptuado en el transcrito artículo 10 de la Ley 5/2006 -Compatibilidad con actividades privadas-, de forma textual, que *“el cargo de patrono de la Fundación Alternativas por parte del Sr. ... era compatible con el de Secretario de Estado mientras no se comprometiera la imparcialidad e independencia del cargo y que el querrellado mostró su voluntad de cesar que fue recogida por la Junta de*

*Patronos el 10 de julio de 2008, antes de que firmara la primera subvención otorgada a aquella Fundación, no cabe duda alguna, salvo que se dude del acta de la propia Junta de Patronos, que el Sr. .... con su actitud preservó la independencia e imparcialidad necesaria para desarrollar su cargo.”*

De cuanto antecede, y constituyendo la principal fundamentación que la actividad privada que desarrolla la Sra. López Muñoz lo es en una entidad sin ánimo de lucro –la Asociación de Vecinos Jarazmín- de la que no percibe retribución y en la que solo le asisten funciones de representación en su calidad de Presidenta, deducimos que dicha actividad privada puede ser compatible con el ejercicio de los sucesivos cargos, directivo y de gobierno, que ostenta en esta Corporación Municipal, siempre, por supuesto, que no comprometiese con ella la imparcialidad e independencia de sus sucesivos cargos, cuestiones sobre las que nos vamos a detener en el siguiente apartado II al analizar la intervención de la Sra. López Muñoz en los procedimientos de concesión de subvenciones, dado que se tratan de hechos ya consumados los que se nos someten a informe y, por tanto, con resultados susceptibles de constatación.

No obstante lo expresado hasta ahora, y antes de pasar al tema objeto del apartado II, queremos dejar de manifiesto que si el pronunciamiento sobre las cuestiones que informamos se hubiera solicitado a este órgano con carácter previo a la tramitación de los procedimientos que están en cuestión, nuestra recomendación siempre hubiera sido la opción entre las siguientes alternativas: la del previo abandono de la actividad privada por el cargo público al objeto de no poner en cuestión la imparcialidad e independencia en sus actuaciones municipales y a pesar de serlo en una entidad sin ánimo de lucro (pues de tener fin lucrativo directamente hubiésemos señalado la existencia de incompatibilidad), o de no optar por la anterior, nuestro informe hubiera puesto de relieve la obligación de abstenerse de intervenir en cualesquiera asunto municipal que tuviere relación con la entidad en la que se ejerciese la actividad privada, tal como vamos a desarrollar a continuación.

**II.- Sobre la posible causa de abstención de D<sup>a</sup> Teresa López Muñoz, miembro no electa de la Junta de Gobierno Local- Delegada del Distrito Málaga Este, y anterior Directora del mismo Distrito, en los procedimientos de concesión de subvenciones a la Asociación de Vecinos Jarazmín, de la que era Presidenta.**

Del análisis de la documentación facilitada a esta Secretaría General relativa a los procedimientos de convocatoria de subvenciones correspondientes a los ejercicios 2007, 2008 y 2009 queda patente la intervención en ellos de la Sra. López Muñoz en distintos momentos de su tramitación: desde su iniciación, que lo hace formulando la solicitud como

Presidenta de la Asociación, hasta su resolución. En 2008 y 2009 asistiendo y votando como miembro de la Junta de Gobierno Local, y en 2007 formulando la propuesta de resolución al mismo órgano municipal en su calidad de Directora del Distrito.

Constatado lo anterior, entendemos que la Sra. López Muñoz tenía el deber de abstenerse de intervenir en tales procedimientos y haberlo comunicado así a su superior inmediato a efectos de que éste resolviera lo procedente, por tener un interés personal en el asunto al ser la representante legal de una entidad claramente interesada en la obtención de subvenciones por parte de este Ayuntamiento, y para dejar a salvo su obligada imparcialidad e independencia en la tramitación y posterior resolución de los procedimientos.

Ahora bien, como hemos señalado, el artículo 28.3 de la LRJAP-PAC establece que la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones en la que concurren motivos de abstención, no implicará la nulidad de los actos en los que hubiere intervenido. Por tanto, toda vez que no se abstuvo, a nuestro juicio caben formularse dos preguntas para determinar los posibles efectos jurídicos en las resoluciones adoptadas, a saber:

1ª.- ¿La no abstención de Dª Teresa López Muñoz implica la invalidez de los actos en los que ha intervenido?

2ª.- ¿Ha obtenido la Asociación de Vecinos Jarazmín alguna ventaja respecto a las otras entidades vecinales que concurrieron a la convocatoria que pueda achacarse a la intervención de la Sra. López Muñoz?

A la vista de los hechos que materialmente se ha producido y que quedan constatados en los respectivos expedientes nuestras respuestas son las siguientes:

**1ª.- ¿La no abstención de Dª Teresa López Muñoz implica la invalidez de los actos en los que ha intervenido?**

A esta primera pregunta contestamos negativamente entendiendo que su no abstención no implica la nulidad de los actos en los que ha intervenido por no ser su intervención determinante en la formación de dichos actos, y ello por lo siguiente:

**a) Respecto a la tramitación:** Porque por disposición de la Ley General de Subvenciones (art. 22.1) es un órgano colegiado el que debe de formular la propuesta de concesión al órgano concedente, siendo en nuestro Ayuntamiento y conforme a lo previsto en nuestra Ordenanza reguladora, la Comisión de Concesión de Subvenciones la que ostenta dicha función y quien informa y da el visto bueno a las preevaluaciones realizadas por los Directores de los

Distritos, al ser éstos meros órganos instructores de los procedimientos y limitándose la preevaluación que realizan a la comprobación del cumplimiento de las condiciones impuestas para adquirir la condición de beneficiario.

Para ilustrar lo afirmado en el párrafo anterior, transcribimos a continuación algunos párrafos del informe dirigido a esta Secretaría General por la Jefa de la Sección de Participación, en los que nos permitimos subrayar algunas afirmaciones que ayudan a dar respuesta a la pregunta formulada:

“En los arts. 7 y ss de la Ordenanza, se regula la concesión y gestión de estas subvenciones, iniciándose el procedimiento siempre de oficio mediante la publicación de la correspondiente convocatoria en el B.O.P.

La instrucción de dicho procedimiento corresponderá a las distintas delegaciones, según se recoja en cada Convocatoria de acuerdo con la materia objeto de la misma. En ese sentido, en las diferentes Convocatorias de Subvenciones que se aprueban en este Ayuntamiento incluida la de las Juntas Municipales de Distrito, se otorga la competencia para la instrucción del procedimiento de concesión de subvenciones a cada una de las Direcciones de las Áreas o Distritos correspondientes. Una vez pre-evaluadas las solicitudes por el órgano instructor y comprobado el cumplimiento de las condiciones impuestas para adquirir la condición de beneficiario de la subvención, se remite el expediente a la Comisión de Concesión de Subvenciones.

Ya la propia LGS señala en su art. 22.1 que la propuesta de concesión se elevará a un órgano colegiado cuya composición se establecerá en las correspondientes convocatorias reguladoras de la subvención. En este sentido, la Ordenanza municipal regula la composición de dicho órgano indicando que se establecerá en cada convocatoria y que estará compuesta por un mínimo de tres miembros pertenecientes a las diferentes delegaciones que otorguen subvenciones en el Ayuntamiento de Málaga, desempeñando la secretaría la Dirección del Área de Participación Ciudadana. Dicha Comisión emitirá informe sobre las pre-evaluación realizadas por los órganos instructores.

En las convocatorias de subvenciones de este Ayuntamiento, se recoge la composición de la Comisión de Concesión de Subvenciones estando formada por los Directores de Área que otorguen subvenciones en este Ayuntamiento y el Director Técnico para la Coordinación de los Distritos. Por lo que no son miembros de la citada Comisión los Directores de los Distritos Municipales.

En cuanto a la resolución del procedimiento, la misma corresponde a la Junta de Gobierno Local, competencia que ha delegado en el Alcalde, Ttes. Alcalde, demás miembros de la Junta de Gobierno Local y Concejales de la Corporación.

Centrándonos en la Convocatoria de Subvenciones de las Juntas Municipales de Distrito, el órgano instructor del procedimiento de gestión y concesión, es cada uno de los Directores de las mismas y la resolución, por su parte, le corresponde a la Junta de Gobierno Local.”

**b) Respecto a la resolución:** Porque en cualquier caso ésta deviene de la propuesta formulada por el órgano colegiado -la Comisión de Concesión de Subvenciones-, siendo la Junta de Gobierno Local la que mediante votación resuelve, votación en la que no ha sido determinante, en ninguno de los casos, ni en 2008 ni en 2009, la voluntad favorable expresada por la Sra. López Muñoz en cuanto miembro de la misma don derecho a voto.

Y respecto a la resolución de la convocatoria correspondiente a 2007 por la obvia razón de que no había sido designada miembro de la Junta de Gobierno, con lo cual su actuación fue menor puesto que solamente actuó como instructora en el sentido señalado anteriormente.

**2ª.- ¿Ha obtenido la Asociación de Vecinos Jarazmín alguna ventaja respecto a las otras entidades vecinales que concurrieron a la convocatoria que pueda achacarse a la intervención de la Sra. López Muñoz?**

Haciendo un repaso a las cantidades obtenidas como subvención en los últimos cinco años, se observa que las concedidas a la Asociación de Vecinos Jarazmín han sido las siguientes:

- Año 2005: 1.800 €
- Año 2006: 1.500 €
- Año 2007: 900 €
- Año 2008: 1.200 €
- Año 2009: 1.200 €

Consecuentemente, no se aprecia que dicha Asociación haya obtenido una ventaja específica dimanada de la actuación de la Sra. López Muñoz.

Así pues, en definitiva, la Sra. López Muñoz debería haberse abstenido de actuar en la instrucción del expediente en los años 2007 y 2008, y en la votación de la adjudicación de las subvenciones en 2008 y 2009, pero la omisión de la abstención, por las razones anteriormente expuestas, no origina la nulidad de los actos administrativos en los que aquélla ha participado.

Es todo cuanto tenemos el honor de informar.

Málaga, a 22 febrero de 2010  
**EL SECRETARIO GENERAL,**