

ADMINISTRACIÓN LOCAL. CONTRATACIÓN PÚBLICA E INCOMPATIBILIDADES. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR A INSTANCIA DE INTERESADO

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF*

EXTRACTO

El supuesto plantea, primeramente, diversos casos de posibles incompatibilidades de concejales de un ayuntamiento y un posible supuesto de prohibición para ser contratista. Así, en primer lugar, un concejal solicita la compatibilidad con ser director de una escuela-taller cuya entidad promotora es el propio ayuntamiento. A continuación, la posibilidad de ser contratista con el ayuntamiento de una empresa de la que es gerente un concejal. Después, la cuestión de compatibilidad entre un laboral fijo del ayuntamiento y la condición de concejal. Se analiza, posteriormente, el ajuste a derecho de la decisión del alcalde de prohibir votar a un concejal que no había realizado, aún, la declaración de actividades y bienes. Finalmente, se aborda el estudio de un procedimiento sancionador incoado por denuncia de unos vecinos contra otro, por infracción de la Ley del Ruido. En concreto se plantea la posibilidad de que el denunciante sea interesado en el procedimiento y el acceso a datos del expedientado.

Palabras claves: prohibición para contratar, incompatibilidades, declaración de bienes de los concejales y procedimiento sancionador.

Fecha de entrada: 01-07-2016 / Fecha de aceptación: 27-07-2016

ENUNCIADO

1. En el Ayuntamiento de XXX de 3.500 habitantes, existe una escuela-taller en la que el aprendizaje y la cualificación se alternan con un trabajo productivo, en actividades relacionadas con la recuperación o promoción del patrimonio artístico, histórico, cultural o natural; con la rehabilitación de entornos urbanos o del medio ambiente; con la recuperación y acondicionamiento de infraestructuras de utilidad pública que sirvan de base para los centros de iniciativa empresarial, así como con cualquier otra actividad de carácter público o social que permita la inserción a través de la profesionalización y adquisición de experiencia de los participantes. Se encuentran reguladas por Orden Ministerial XX/XX dictada por el ministro competente y las mismas son concesionarias continuas de subvenciones por parte de dicho ministerio.

El ayuntamiento es un entidad promotora de la misma y, como tal, según la orden en cuestión, le corresponde la selección de los alumnos trabajadores de las escuelas-taller, mientras que la del director, docentes y personal de apoyo es efectuada por el Instituto Nacional de Empleo (INEM) en colaboración con la entidad promotora (art. 8); y es el ente promotor de la escuela-taller, cuando desee obtener los beneficios previstos en la orden, el que solicita de la Dirección Provincial del INEM la subvención que contribuye a la financiación (art. 13).

Dado que en la relación de puestos de trabajo (RPT) del ayuntamiento no figura el de director de la escuela-taller, en los procesos electorales para el nombramiento de representantes sindicales en el ayuntamiento ni el director ni los alumnos de la escuela-taller pueden ser electores ni elegibles; ni su director ser funcionario o personal laboral estable del ayuntamiento, ya que se trata de entes con personalidad jurídica propia, constituidas sin fines de lucro y cuya única relación con el ayuntamiento es que este puede ser una de las entidades promotoras. El concejal RRR solicita del ayuntamiento la autorización de compatibilidad entre concejal y director de la escuela-taller. El pleno resuelve, el 21 de diciembre de 2015, en sesión extraordinaria «no apreciar la existencia de incompatibilidad entre el cargo de concejal y el de director de la escuela-taller», ambos ejercidos por don RRR.

2. En el mismo acuerdo plenario se declaró la incompatibilidad del concejal LLL que había sido gerente de un empresa (el gerente de una empresa tiene el concepto legal de factor y, en consecuencia, contrata en nombre de sus principales, que quedan obligados, por lo que si se permitiera a un director gerente de una empresa contratista con el ayuntamiento que fuera a la vez concejal del mismo, se estaría en definitiva poniendo en peligro el principio de imparcialidad que debe regir toda actuación administrativa y de defensa de sus intereses generales sobre los particulares) que se dedicaba a suministrar energía eléctrica al ayuntamiento.

3. El concejal don Carlos Ramón es trabajador laboral fijo del ayuntamiento, como profesor en la Escuela de Turismo. Solicita la compatibilidad aduciendo el artículo 5.1 b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas,

que, dentro de las excepciones a la regla general de incompatibilidad, señala: «Por excepción, el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño de los cargos electivos siguientes: b) Miembros de las Corporaciones locales, salvo que desempeñen en las mismas cargos retribuidos en régimen de dedicación exclusiva». El solicitante no desempeña en la corporación local cargo retribuido en dedicación exclusiva, y su contratación en la Escuela de Turismo lo es a tiempo parcial, por ello es de aplicación al caso la normativa citada.

Se entiende que se produce una desigualdad normativa que regula el personal funcionario y el personal laboral, sosteniendo que el trabajador al no ser funcionario sino laboral no puede ser declarado en situación de servicios especiales, sino en excedencia forzosa (Estatuto de los Trabajadores). Siendo figuras constituidas por diferente normativa legal y sin entrar a participar de la constitucionalidad de una desigualdad de trato en cuanto a las consecuencias retributivas que suponen según se sea trabajador o funcionario, ambas son ajenas a la petición de compatibilidad.

4. El 20 de diciembre, el ayuntamiento debatió y votó la moción de censura que se había presentado contra su alcalde, la cual se consideró rechazada, porque cuando iba a votar el concejal don JMM, el alcalde declaró que no podía hacerlo porque no tenía presentadas las declaraciones de actividades y bienes que debía haber formulado antes de tomar posesión como concejal.

Disconformes los concejales que habían promovido la moción con la decisión verbal del alcalde, interpusieron contra ella recurso contencioso-administrativo por el cauce especial y sumario de la Ley 62/1978, citando como derecho infringido el del artículo 23.1 de la Constitución y solicitando que se tuviera por emitido válidamente el voto del señor JMM y por prosperada la moción de censura.

5. El día 5 de octubre, varios vecinos de la localidad se han dirigido al ayuntamiento exponiendo diversas cuestiones, como consecuencia de las molestias producidas por perros situados en inmuebles colindantes o cercanos a su vivienda, tras lo cual el ayuntamiento ha incoado dos procedimientos: el sancionador y el de requerimiento de adopción de medidas para que no se produzcan las molestias.

Es de hacer constar que el ayuntamiento tiene aprobada la correspondiente Ordenanza de Ruidos (que regula el correspondiente procedimiento sancionador) y que no existe legislación autonómica sobre la materia.

Entre otros asuntos, el alcalde del ayuntamiento solicita al secretario-interventor la emisión de un informe sobre las siguientes cuestiones:

- 1.º La legislación aplicable para realizar este informe. Si hay que aplicar el procedimiento de la ordenanza o el previsto en el Real Decreto 1398/1993 que regula el procedimiento sancionador general. Asimismo si el denunciante ostentaría la condición de interesado en el procedimiento sancionador.
- 2.º Si el denunciado puede tener acceso a los datos contenidos en el escrito de denuncia y si el ayuntamiento puede facilitar copia del escrito de denuncia al denunciado una vez iniciado el procedimiento sancionador.

- 3.º Si el ayuntamiento debe unir al expediente el contenido del Registro censal de animales al expediente (el denunciante ha pedido que se una su contenido al expediente).
- 4.º En el supuesto de que el denunciado fuera un concejal, si el ayuntamiento le puede negar el acceso al escrito del denunciante.
- 5.º Si mediante resolución motivada no se incoa procedimiento sancionador, si el ayuntamiento deberá notificar esta resolución al denunciante otorgando los recursos que procedan.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Está incurso don RRR en incompatibilidad?
2. ¿Está incurso don LLL en incompatibilidad?
3. ¿Está incurso don Carlos Ramón en incompatibilidad?
4. ¿Obró con arreglo a derecho el alcalde que impidió votar en la moción de censura a don JMM?
5. Conteste, de forma razonada, a las distintas cuestiones planteadas en el informe solicitado por el alcalde.

SOLUCIÓN

PRIMERA PREGUNTA

La incompatibilidad existiría si se apreciase la dependencia de dicha entidad a que se refiere el último inciso del artículo 178.2 b) de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG): b) Los directores de servicios, funcionarios o restante personal en activo del respectivo ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él.

Para la determinación del alcance de la dependencia a que alude este precepto de la ley orgánica, ha de tenerse en cuenta que, como ha señalado el Tribunal Constitucional desde su primera doctrina, el artículo 23.2 de la CE consagra el derecho de acceso a los cargos públicos como un derecho de configuración legal, pero que comprende y forma parte de su contenido el de la permanencia en ellos. Y así este Alto Tribunal ha señalado que las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en tanto en cuanto son excepciones de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido. En el bien entendido de que con el régimen de incompatibilidades se trata de garantizar la objetividad, imparcialidad, eficacia y transparencia en el desempeño del cargo o función pública de que se trata.

Por consiguiente, no cabe una interpretación extensiva de las incompatibilidades, cuya interpretación y precisión ha de estar presidida por la indicada finalidad de preservar a la función pública de una influencia desviada del interés público, por la posible contaminación o incidencia en la toma de decisiones que puede representar una eventual colisión con interés extraños a los de la ciudadanía a que ha de servir el cargo que se ostenta o por la incidencia en dichas decisiones de intereses privados o particulares.

En este caso, dada la importancia de la entidad promotora, el ayuntamiento, en las funciones y financiación de la escuela-taller, y que une al director algún tipo de relación laboral con el ayuntamiento, no cabe duda de que existe una relación de dependencia entre el ayuntamiento y el director de la escuela-taller.

SEGUNDA PREGUNTA

No existe infracción del artículo 178.2 d) de la LOREG, que establece la incompatibilidad para ser concejal de «los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes». Esta causa de incompatibilidad no corresponde a los empleados de los contratistas o subcontratistas, como era el caso del concejal que desempeñaba el cargo de director gerente de la empresa suministradora de energía eléctrica al ayuntamiento.

Es cierto que, con arreglo al artículo 283 del Código de Comercio, el gerente de una empresa tiene el concepto legal de factor y, en consecuencia, contrata en nombre de sus principales que quedan obligados, por lo que si se permitiera a un director gerente de una empresa contratista con el ayuntamiento que fuera a la vez concejal del mismo, podría defenderse que se estaría, en definitiva, poniendo en peligro el principio de imparcialidad que debe regir toda actuación administrativa y de defensa de sus intereses generales sobre los particulares. Por otra parte, en el propio Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, RDL 3/2011, se señala en su artículo 60 que son incompatibles para contratar con la Administración pública los cargos electivos regulados en la LOREG.

Sin embargo, esta argumentación no puede prosperar. Las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en tanto en cuanto son excepciones o al menos desviaciones de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido, de suerte que, siendo este el principio general, si el artículo 178 de dicha ley orgánica se refiere a los «contratistas o subcontratistas», no cabe extender la causa de incompatibilidad a quienes no lo son en realidad, por alta que sea su función en la empresa de que se trate. Debe prevalecer, por tanto, el criterio mantenido por lo expuesto, en el sentido de que no puede considerarse lesivo el citado artículo 178.2 d) de la LOREG.

Otra cuestión es que, según el artículo 25 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, su título II, referido al buen gobierno, será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las entidades locales.

Por su parte, el artículo 26 se refiere a los principios de buen gobierno, señalando:

«1. Las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de este título observarán en el ejercicio de sus funciones lo dispuesto en la Constitución Española y en el resto del ordenamiento jurídico y promoverán el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas.

2. Asimismo, adecuarán su actividad a los siguientes:

a) Principios generales:

...

3.º Respetarán el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular.

4.º Asegurarán un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones.

5.º Actuarán con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos.

...

b) Principios de actuación:

1.º Desempeñarán su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses.

...

5.º No se implicarán en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad».

Finalmente, los artículos 27 y siguientes se refieren a las infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses.

El incumplimiento de las normas de incompatibilidades o de las que regulan las declaraciones que han de realizar las personas comprendidas en el ámbito de este título será sancionado de conformidad con lo dispuesto en la normativa en materia de conflictos de intereses de la Administración General del Estado y para el resto de Administraciones de acuerdo con su propia normativa que resulte de aplicación.

TERCERA PREGUNTA

La pretensión del interesado se basa, como única supuesta base legal, en el artículo 5.1 b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Incompatibilidades del Personal al Servicio de

las Administraciones Públicas, en el que se establece que «por excepción» (a la regla de incompatibilidad general) «el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño de los cargos electivos siguientes: b) Miembros de las Corporaciones Locales, salvo que desempeñen en las mismas cargos retribuidos y de dedicación exclusiva».

Pero lo cierto es que la posibilidad excepcional de compatibilidad contemplada en el artículo 5.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, no confiere al interesado ningún derecho subjetivo a compatibilizar su plaza de personal laboral de plantilla en activo en la corporación con el cargo de concejal porque, tal como poco después de la aprobación de la Ley 53/1984 nos recuerda el artículo 73.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, «la determinación del número de miembros de las Corporaciones Locales, el procedimiento para su elección, la duración de su mandato y los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad se regularán en la legislación electoral», cuya aprobación y modificación se halla sometida a la reserva de ley orgánica establecida en el artículo 81 de la Constitución. Y la Ley Orgánica 5/1985, de 19 junio, del Régimen Electoral General, que es la norma especial y específicamente dedicada a regular los supuestos de incompatibilidad de los cargos electos de las corporaciones locales, en su artículo 178.1 b) (para los ayuntamientos), señala que:

«Los Directores de Servicios, funcionarios o restante personal en activo al servicio de la respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él», añadiendo que «cuando se produzca una situación de incompatibilidad, los afectados deberán optar entre la renuncia al puesto de Concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, dé origen a la referida incompatibilidad»; normas orgánicas estas específicas y especiales que son las que fueron aplicadas en el acuerdo plenario recurrido en autos.

Pero es que, además, el régimen de incompatibilidades específicamente establecido en la Ley Orgánica Electoral para el ejercicio de los cargos electos que dicha norma regula y su posible contradicción con el criterio seguido en el artículo 5.1 b) de la Ley 53/1984 de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (que es lo que, en definitiva, plantea el interesado) es una cuestión que fue muy tempranamente resuelta por la jurisprudencia a favor, naturalmente, de la prevalencia de las causas de incompatibilidad establecidas en la Ley Orgánica Electoral no solo por ser dicha ley orgánica posterior a la Ley 53/1984 sino también por razones de especialidad, de la distinta finalidad y objetivos de ambas normas, de la adecuada sistemática interpretativa del propio artículo 5 de la Ley 53/1984 respecto al artículo 1.3 de la misma ley y, en fin, por tratarse de una materia sometida a reserva de ley orgánica (carácter que no tiene la Ley de Incompatibilidades). Por ello, el Tribunal Supremo, ya en su Sentencia de 10 de junio de 1988 resolvió la cuestión: el recurrente aducía que la declaración de incompatibilidad del cargo de concejal con su puesto de personal adscrito al servicio de aguas la corporación atentaba contra los artículos 14 y 23 de la CE y vulneraba la excepción establecida en el artículo 5 de la Ley 53/1984 en términos tan claros y precisos que merecen recogerse aquí de forma literal:

«Se plantea el problema de la norma legal que haya de aplicarse, a la vista del diferente criterio que siguen, por un lado, el artículo 5 de la Ley 53/84, de 26 de diciembre sobre Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y, por el otro, el artículo 178.2 b) de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio sobre Régi-

men Electoral General [del mismo tenor que el art. 203.1 b)] de la misma Ley. En efecto, mientras que el primero de los preceptos citados permite a los funcionarios compatibilizar sus actividades con la calidad de ser miembros electivos de las Corporaciones Locales, salvo que desempeñen en las mismas cargos retribuidos y de dedicación exclusiva, sin embargo el segundo declara la plena incompatibilidad para el desempeño del cargo de Concejal de los funcionarios o restante personal activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él. La diferencia de tratamiento que se hace de la cuestión en ambos textos legales la resuelve la parte apelante en favor de la aplicación del primero, invocando, incluso, el valor preferente de la primera, por ser Ley no Orgánica y, por lo tanto, del rango adecuado a la reserva establecida en el artículo 103 CE. Pero al formular esta alegación pierde de vista las diferentes realidades constitucionales de que parten una y otra Ley: la 53/1984, como se expresa en su preámbulo, viene a cumplimentar el mandato de los artículos 103.3 y 149.1.18 de la Constitución que se refieren, entre otros extremos, al sistema de incompatibilidades de los funcionarios públicos y a las bases de su régimen estatutario y de ahí su carácter de Ley Ordinaria; en otro plano, la Ley Orgánica 5/1985 regula el régimen electoral general en la forma prevista en el artículo 81 de la Constitución y su consecuente incidencia en el artículo 23, es decir, en el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes, una de cuyas concretas manifestaciones se encuentra en el artículo 140 del texto constitucional al afirmar que los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal. En conclusión, aunque uno y otro cuerpo legal pueden incidir eventualmente sobre unas mismas situaciones de hecho, esto no implica que sus conclusiones deban ser idénticas, porque tampoco lo es la perspectiva en la que se sitúan: mientras que la primera ampara el principio de que la Administración Pública sirva con objetividad y eficacia los intereses generales (art. 103.1 de la Constitución), la segunda penetra en la sustancia misma de la noción democrática del Estado, al regular la elección de sus representantes por los ciudadanos y las garantías del buen ejercicio de dicha representación por parte de aquellos. En este sentido, no cabe duda de la prevalencia de este segundo aspecto sobre el meramente funcional y de la plena aplicabilidad al caso litigioso de la Ley Orgánica 5/1985, no solo por ser posterior a la 53/1984, sino también por tener la forma orgánica adecuada para regular el ejercicio del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos y ser especial para la regulación de esta materia».

Nítida doctrina legal esta que ha sido reiteradamente aplicada por el Tribunal Supremo, entre otras, en sus posteriores Sentencias de 20 de mayo de 1992 y 23 de abril de 1993, y que vienen a corroborar la preferente aplicación al caso, por su especialidad, de la regulación contenida en la LOREG, cuyas disposiciones fueron las correctamente aplicadas por el acto recurrido en autos. Pero es que a mayor abundamiento de lo expuesto y aun en el hipotético supuesto de que prescindieramos incluso de la clara, específica y prevalente regulación de incompatibilidades establecida en la Ley Orgánica Electoral para los cargos electorales de la Administración local, y solo aplicásemos al caso el régimen legal ordinario de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas de la Ley 53/1984, haciendo abstracción de la LOREG, la declaración de incompatibilidad efectuada por el pleno del ayuntamiento tampoco podría merecer tacha alguna ni podría apreciarse buen derecho aparente del recurrente, porque como también se declara en la

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1994 sobre el alcance intrínseco de la excepción contenida en el artículo 5 de la Ley 53/1984, no cabe entender que esta constituya –como afirmaba el recurrente– «una regla que rompe el orden lógico de la norma, y que al tratarse de una excepción haya que aplicarla como tal»; y ello porque –declara el Alto Tribunal– tal interpretación del artículo 5 de la Ley 53/1984 «pugna con el contundente sentido de la expresión "en cualquier caso", con que se encabeza el mandato del apartado 3 del artículo 1, con virtualidad lógica para incluir en ese "cualquier caso", el que, como excepción a la regla general de la incompatibilidad del artículo 1.1, permite en general la compatibilidad en los casos a que se refiere el artículo 5 y otros de la propia Ley». Concluyendo el Alto Tribunal que «la relación entre el artículo 1 y el artículo 5 de la Ley 53/84 se explica perfectamente, entendiendo que frente a la norma general de incompatibilidad del artículo 1.1, "salvo los supuestos previstos en la misma", el artículo 5 introduce la excepción posible, en el marco de la salvedad prevista en el propio artículo 1.1; pero que sobre esa relación norma-excepción opera "en cualquier caso" el riguroso principio especial de incompatibilidad expresado en el artículo 1.3 de la Ley 53/1984. En otros términos, que la excepción en que consiste el artículo 5 lo es frente al apartado 1º del artículo 1; pero no puede serlo frente al apartado 3.º» (FJ 3.º STS 29 de noviembre de 1994). También desde esta perspectiva (aplicando únicamente la Ley 53/1984 –como si no existiera la LOREG–), resulta evidente la conformidad a Derecho del acto recurrido porque es claro que el pleno del cabildo es el órgano competente para conceder la compatibilidad o rechazarla (art. 10.2 RD 2568/1986, de 28 noviembre) lo cual se hizo en el presente caso con el único voto en contra del propio interesado, siendo el pleno corporativo, en tanto que órgano competente para valorar la situación de hecho y decidir al respecto, el que debe inclinarse por reconocer la compatibilidad solicitada por el interesado, aplicando la previsión excepcional del artículo 5 de la Ley 53/1984 o, por el contrario, rechazar la pretensión de compatibilidad, lo que vendría autorizado –como ha subrayado la jurisprudencia– por lo dispuesto en el artículo 1.3 de la misma ley ordinaria al establecer que «en cualquier caso» (en todos, por tanto), «el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta ley será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia». Y es el pleno de la corporación (y no el recurrente) el que debe decidir también en tal caso si se concede o se rechaza la compatibilidad que en cada caso se solicite, pues a él (en tanto que órgano supremo del gobierno corporativo y entidad para la que trabaja el actor) es al que corresponde valorar la conveniencia y oportunidad de dicha situación, por lo que de ningún modo podría prosperar la tesis del actor toda vez que frente a lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley 53/1984 no solo opera el distinto y prevalente régimen de incompatibilidades de la LOREG, sino también la regla general del artículo 1.3 de aquella ley, de la que cabalmente resulta que debe ser la autoridad administrativa competente (en este caso el pleno del ayuntamiento) la que debe decidir si concede o acepta la petición de compatibilidad formulada por el interesado, lo que se ha rechazado en el supuesto que nos ocupa con el único voto en contra del propio interesado.

CUARTA PREGUNTA

Tras declarar que el derecho fundamental del artículo 23 de la CE tiene configuración legal, se detiene en un amplio estudio de las normas legales y reglamentarias que regulan la materia,

fijándose en primer lugar en el artículo 75.5 de la Ley 7/1985, en el que se ordena que todos los miembros de las corporaciones locales formulen declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos, así como de sus bienes patrimoniales, estableciendo que estas declaraciones se lleven a cabo antes de la toma de posesión, si bien la sala matiza que la norma no contiene sanción o consecuencia alguna para el caso de incumplimiento.

Respecto a las consecuencias que para el caso de no declaración de actividades previstas en la legislación de Incompatibilidades de Altos Cargos, así como en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y en el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales, podemos llegar a la conclusión de que en ningún caso era conforme con dicha normativa que el alcalde dejase de plano sin facultad de votar a un concejal que ya se había posesionado del cargo.

QUINTA PREGUNTA

Pues bien, una vez analizado el contenido del escrito objeto de la consulta realizada por el alcalde, así como la legislación que se considera de aplicación, y que se citará posteriormente, se procede a emitir el siguiente:

INFORME

Primera cuestión

Indique la legislación aplicable para realizar este informe. Si hay que aplicar el procedimiento de la ordenanza o el previsto en el Real Decreto 1398/1993, que regula el procedimiento sancionador general. Asimismo si el denunciante ostentaría la condición de interesado en el procedimiento sancionador.

Como consecuencia de la denuncia y la consiguiente verificación de la existencia de molestias causadas por ruidos, el ayuntamiento ha decidido actuar de conformidad con el régimen de infracciones y sanciones legalmente establecido, incoando un expediente sancionador y adoptando las medidas tendentes a eliminar o reducir los ruidos causantes de las molestias a los vecinos, todo ello en cumplimiento de la Ordenanza Municipal de Ruidos, sin que exista legislación autonómica en esta materia.

Por ello se ha de acudir a la legislación estatal reguladora de esta materia, Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido y a la propia ordenanza municipal.

Los hechos se encuadran dentro de un supuesto de contaminación acústica tipificado por la Ley del Ruido.

El artículo 1 de esta ley señala que el objeto de la misma es el de «prevenir, vigilar y reducir la contaminación acústica, para evitar y reducir los daños que de esta pueden derivarse para la

salud humana, los bienes o el medio ambiente». No obstante, y respecto al caso que nos ocupa, el apartado a) del artículo 2 de la citada ley prevé que estarán excluidos del ámbito de aplicación de dicha norma «las actividades domésticas o los comportamientos de los vecinos, cuando la contaminación acústica producida por aquellos se mantenga dentro de límites tolerables de conformidad con las ordenanzas municipales y los usos locales».

Por lo que se estará a lo dispuesto en la propia ordenanza municipal dado que el artículo 28.5 b) de la Ley del Ruido habilitaba a las ordenanzas municipales para tipificar las infracciones en relación con «el ruido producido por las actividades domésticas o los vecinos, cuando exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales».

Así también, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 24 de mayo y 23 de febrero de 2004 disponen que cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en peligro la salud de las personas (tal y como ocurre en este supuesto), esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE).

Sentado, por tanto, que la legislación vigente tipifica estos hechos como una infracción, procede incoar el expediente que lleve por una parte a sancionar al posible infractor y adoptar las medidas correctoras necesarias para que no se produzcan las molestias.

Al alcalde del ayuntamiento ante la incoación del expediente sancionador, le han surgido una serie de dudas que anteriormente se han resumido de forma sucinta, siendo necesaria su clarificación en las distintas fases del procedimiento.

Las cuestiones que se plantean nos llevan a analizar: a) Qué normativa hay que aplicar para el procedimiento sancionador, b) que se entiende por «condición de interesado» en un procedimiento sancionador y si el denunciante tiene la condición de interesado en el expediente o expedientes que se tramite por el ayuntamiento, y c) si hay una protección al acceso de los datos de carácter personal en el procedimiento sancionador.

a) La normativa aplicable en la materia sancionadora de la Administración es, sin duda, el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, en el que se establece el procedimiento común para el ejercicio de la potestad sancionadora que será de aplicación en defecto de procedimientos específicos. El ayuntamiento dispone de una ordenanza de ruidos en la que se regula el expediente sancionador según se desprende del propio escrito, por lo que el Decreto 1398/1993 se aplicará en defecto de regulación en la propia ordenanza.

b) En los artículos 11.2 y 13.2 del citado texto legal se desprende cierta participación del denunciante en el expediente, pues se establece la obligación de comunicarle la iniciación del procedimiento siempre que lo solicite expresamente con el escrito de denuncia. Si nos atenemos a la literalidad de estos artículos, parece que solo existe la obligación de comunicación de inicio del expediente y siempre que lo solicite el denunciante. Pero las referencias del denunciante en esta norma son escasas, por lo que la atribución de la cualidad del denunciante para ser parte en el procedimiento se ha de extraer de las referencias que hace la propia norma al interesado, no solo como imputado, inculpaado o presunto responsable, sino también como otros interesados distintos y que

van a tener la posibilidad de constituirse en parte interesada pudiendo realizar distintas actuaciones. Así el artículo 3.4 reconoce la existencia de otros posibles afectados, y del apartado 2 del artículo 13, antes reseñado, se desprende la existencia de otros interesados distintos del inculpado. Por tanto, esta norma permite la participación del denunciante en el procedimiento sancionador, siempre que este ostente la consideración de interesado, por lo que se estará a lo que disponga la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). Será, en definitiva, esta apreciación de la cualidad de interesado la que atribuya al denunciante la legitimación para ser parte en el procedimiento sancionador.

Existen posiciones jurisprudenciales distintas respecto a la consideración del denunciante, bien como persona interesada en el procedimiento o bien como figura ajena del mismo. Pero estas posturas jurisprudenciales han ido derivando hacia el reconocimiento de la cualificación del denunciante como interesado.

La primera cuestión está en determinar en qué supuestos el denunciante podrá ser considerado como parte interesada. Para ello, habrá de acudirse necesariamente al artículo 31 de la LRJPAC. En el citado artículo se establecen dos supuestos en los que se considera al particular como parte interesada en el procedimiento administrativo: que tenga la titularidad de un derecho subjetivo o un interés legítimo o derechos susceptibles de afectación por la resolución que se adopte. La cuestión está en determinar si la sanción que pudiera imponerse al denunciado puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante, ya otorgándole un beneficio, causándole un perjuicio o bien eliminando una carga o gravamen.

Por tanto, habrá de aclararse el contenido de estos elementos y su aplicabilidad a la esfera sancionadora. Así el derecho subjetivo, tal y como defiende una autorizada doctrina, supone el reconocimiento, por la norma, de un poder a favor de un sujeto concreto, que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes en su interés propio. El problema se centra en determinar si una resolución sancionadora puede afectar a derechos subjetivos del denunciante. La sanción, en sí, puede afectar a derechos de determinados ciudadanos, distintos, claro, del imputado.

Y esto es así dado que la sanción no solo conlleva la imposición de una multa, sino que además puede llevar la imposición de otro tipo de obligaciones para el sancionado, como adopción de medidas correctoras, paralización de la actividad, derribo, etc. En estos casos, sí es posible considerar que la resolución que se adopte pueda producir efectos en la esfera jurídica del denunciante, bien produciendo un efecto positivo al denunciante, como es la indemnización por los hechos constitutivos de la infracción, o bien eliminando una carga o gravamen, y por tanto el denunciante verá reparado o satisfecho su derecho por la resolución que la Administración adopte.

Respecto del concepto de interés legítimo del denunciante, habida cuenta de la especialidad del procedimiento sancionador respecto del común, hay que acudir a la jurisprudencia de múltiples sentencias que definen el interés legítimo como una posición de ventaja o de una titularidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión... y que comporta el que la anulación del acto que se recurre, sea en vía administrativa o jurisdiccional, produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) para el legitimado (STS de 1 de octubre de 1990).

Este concepto trasladado al procedimiento sancionador determinará cuando el denunciante dispone de ese interés legítimo que le permitirá participar en el procedimiento sancionador, y será cuando pueda obtener un beneficio o evitar un perjuicio.

Con carácter general, es preciso que el denunciante se encuentre legitimado, por la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo que puedan resultar afectados por la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador bien de forma positiva o negativa, y en este caso podrá ser considerado como parte en el procedimiento sancionador y actuar válidamente en el mismo.

c) Aquella persona que ostente la condición de interesado en los términos del artículo 31 de la LRJPAC, en relación con el artículo 35 y 37 de este mismo texto legal, tendrá derecho, a su vez, a conocer el estado de la tramitación del expediente y a obtener copia de los documentos que contenga. En este sentido el artículo 3.1 del citado Real Decreto 1398/1993 determina que los interesados pueden acceder a las distintas fases del procedimiento, teniendo derecho a participar en el mismo, a formular alegaciones, al acceso al expediente, a proponer pruebas, a las notificaciones de las resoluciones que se adopten y a recurrir la resolución final.

Segunda cuestión

Si el denunciado puede tener acceso a los datos contenidos en el escrito de denuncia y si el ayuntamiento puede facilitar copia del escrito de denuncia al denunciado una vez iniciado el procedimiento sancionador.

Consecuentemente esto enlaza con la primera cuestión: la protección al acceso de los datos de carácter personal en el procedimiento sancionador. En efecto, facilitar el acceso al expediente al denunciante, como parte interesada, es una cesión o comunicación de datos a terceros, que se define en el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos (LOPD), como toda revelación de datos a terceros distintos del interesado. Analizando lo dispuesto en el artículo 11.1 y 2 a) de de la LOPD, estaríamos en presencia de una comunicación legítima de los datos de carácter personal, pues estos datos solo pueden ser comunicados a un tercero con el consentimiento previo del interesado o cuando la cesión esté autorizada por una ley.

Por consiguiente, los requisitos para la cesión de datos es que esta sea válida o apta para las funciones legítimas del cedente y del cesionario, esto es, del ayuntamiento y del denunciante «interesado» del artículo 31 de la LRJPAC y, asimismo, contar con el consentimiento de otro interesado, que es el titular de los datos que se ceden.

Sin embargo, el requisito del consentimiento no será necesario cuando se den los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 11, es decir, cuando la cesión esté autorizada en una ley.

En efecto, según lo visto, en relación con el artículo 31 y 35 de la LRJPAC, existe la norma con rango de ley que habilita o autoriza la cesión sin necesidad de recabar el consentimiento de los interesados cuyos datos se cedan.

Así pues, si el denunciante a que se refiere la consulta planteada puede ser considerado como interesado del artículo 31 de la Ley 30/1992, tendrá pleno derecho a acceder a la documentación obrante en el expediente administrativo de que se trate obteniendo copia de la misma, incluyendo la información referida a datos de carácter personal de otros sujetos distintos del propio interesado (véase informe de la AEPD 197/2006).

En el caso que nos ocupa, el denunciante sufre diariamente las molestias causadas por los ruidos de los perros del vecino, por lo que la resolución que adopte la Administración podrá tener efectos en su esfera jurídica, por lo que podemos concluir que tiene un interés directo en cómo se resuelva el asunto debiendo ser parte en el procedimiento que se incoe, pudiendo obtener copia de las actuaciones, presentar alegaciones, notificación de la resolución final que se adopte, así como de la resolución, en su caso, que se pueda dictar de no incoación del procedimiento sancionador.

Por su parte, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno señala que:

«1. Si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.

Si la información incluyese datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor, el acceso solo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquel estuviera amparado por una norma con rango de Ley».

Tercera cuestión

Si el ayuntamiento debe unir al expediente el contenido del Registro censal de animales al expediente (el denunciante ha pedido que se una su contenido al expediente).

Respecto de si los datos que obran en el registro de animales deben formar parte del expediente, tal y como lo ha solicitado el denunciante, y si el ayuntamiento puede facilitar copia de la certificación censal con los datos de los animales, será el ayuntamiento, quien a la vista de los expedientes afectados y circunstancias que concurren en el mismo, el que determine si dichos datos son necesarios e imprescindibles para resolver el expediente, y en el caso de que así fuera e integren el expediente sancionador, recibirán el mismo tratamiento que se ha expuesto en el punto anterior.

Cuarta cuestión

En el supuesto de que el denunciado fuera un concejal, si el ayuntamiento le puede negar el acceso al escrito del denunciante.

En el supuesto de que el denunciado fuera un concejal, el ayuntamiento cuestiona si puede tener acceso al escrito de denuncia. Al objeto de resolver esta cuestión, habrá que distinguir si el concejal denunciado tiene delegada la función de instruir y resolver el expediente, o simplemente es un concejal que ejerce las funciones de control.

En el caso de tratarse de un concejal con funciones delegadas en el asunto, ha de analizarse el deber de abstención, que obliga a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones públicas, de intervenir en asuntos cuando concurriera uno de los supuestos previstos en la ley.

Tanto la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), artículo 76, como el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se prueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, predicán el mencionado deber legal de abstención tanto de las autoridades como de los funcionarios locales, siendo el Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales quien lo desarrolla reglamentariamente en su artículo 21 para los miembros de la corporación.

Con carácter general hay que señalar que el artículo 28 de la Ley 30/1992 (LRJPAC) establece los motivos por los cuales las autoridades al servicio de las Administraciones tienen el deber de no intervenir en un procedimiento administrativo cuando se considere que se puede estar afectado por alguno de los motivos tasados por la ley. En el caso que nos ocupa, si el denunciado coincidiera con la condición de concejal, que en el ejercicio de sus funciones tuviera que participar en la decisión de este asunto, este deberá abstenerse de participar en el procedimiento, en la decisión y ejecución.

En el supuesto que se tratara de un concejal sin funciones delegadas en el asunto y coincidiera la condición de denunciado, se le dará el mismo tratamiento que si se tratara de cualquier ciudadano, pues no puede invocar su condición de concejal con carácter general para acceder al contenido del expediente, por lo que nos remitimos a lo expuesto en un punto anterior de este informe.

El acceso al escrito de denuncia no podrá fundamentarse en la necesidad de que el concejal debe estar informado de la gestión municipal, a fin de llevar a cabo su función de control sobre la actividad del equipo de gobierno del ayuntamiento en los términos previstos en el artículo 77 de la LRBRL, según el cual todos los miembros de las corporaciones tienen derecho a obtener del alcalde cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función. En este caso, estaríamos ante un supuesto de cesión de datos de carácter personal que debe sujetarse al régimen general de comunicación de datos según dispone el artículo 11.1 de la LOPD.

Quinta cuestión

Si mediante resolución motivada no se incoa procedimiento sancionador, si el Ayuntamiento deberá notificar esta resolución al denunciante otorgando los recursos que procedan.

El artículo 1, último apartado del Real Decreto 1098/1993, señala que cuando se haya presentado una denuncia, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación.

Por tanto, es preceptivo notificarle la no incoación del procedimiento.

Aunque nada diga la norma sobre la posibilidad de interponer recursos, la jurisprudencia ha venido admitiendo, generalmente, la viabilidad de los recursos cuando la decisión es la no apertura del procedimiento. ¿Qué sentido tiene obligarla a que comunique (que es una verdadera notificación) la resolución de no incoar el procedimiento, si luego no se le permite recurrir?

En conclusión, y con independencia de examinar caso por caso y la materia a que se refiera, parece, en una interpretación favorable del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución, parece posible el recurso por parte del denunciante contra aquella resolución administrativa.

En todo caso, en el supuesto que analizamos, al haber mantenido que el denunciante ostenta la condición de interesado, no cabe duda de que debe notificarle de la resolución por la que se acuerda no incoar procedimiento alguno, informándole de los recursos, órganos, plazos para interponerlo y si el acto agota o no la vía administrativa.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Constitución Española, art. 23.
- Ley Orgánica 5/1985 (LOREG), art. 178.
- Ley Orgánica 15/1999 (LOPD), arts. 3 y 40.
- Ley 53/1984 (Incompatibilidades del personal al servicio de la Administración Pública), art. 5
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 73, 75 y 76.
- Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 31 y 35.
- Ley 37/2003 (del Ruido), art. 28.
- Ley 19/2013 (Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), arts. 25 y ss.
- Real Decreto 1398/1993 (Rgto. Procedimiento sancionador), arts. 1, 3, 11 y 13.