

ASUNTO: *“Sobre incompatibilidad para adquirir un terreno urbano mediante licitación para la construcción de centro residencial, al ser un concejal copropietario del solar ofertado al 25%”.*

0051/22

EPB

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sr/a. Alcalde/sa-
Presidente/a del Ayuntamiento de _____, se emite el presente

INFORME

I. ANTECEDENTES

Escrito del Sr. Alcalde-presidente del Ayuntamiento de _____, sobre el asunto epigrafiado, en el que solicita informe relativo a “la licitación para la adquisición onerosa de un terreno urbano para la construcción de centro residencial/centro de día. Una de las proposiciones presentadas es de un concejal que es propietario al 25% junto con otros dos de un terrero. Se solicita informe sobre la posible incompatibilidad por su cargo de concejal” (Aportan pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación).

II. LEGISLACION APLICABLE

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).
- Ley 39/2015, de 31 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

- RD 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales.
- Ley 40/2015, de 31 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público.
- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES PREVISTO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO A LOS CONCEJALES.

Los concejales, en tanto que representantes de la voluntad popular, tienen como objetivo principal servir al interés general. El propio texto constitucional establece que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales, y prevé, en su artículo 103.3, que la ley regulará el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones de los funcionarios públicos. El artículo 7.3 de la Carta Europea de Autonomía Local (CEAL) establece que “las funciones y actividades incompatibles con el mandato del representante local no pueden ser fijadas más que por ley o por principios jurídicos fundamentales”. En este sentido, el ordenamiento prevé el régimen de incompatibilidades de los concejales y en qué situaciones les está vedado contratar con el sector público.

El artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, contiene las prohibiciones para contratar que encuentran su fundamento en el principio de imparcialidad consagrado en el artículo 103.3 de la Constitución. Así, el referido artículo 71 dispone lo siguiente:

“No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias (...)

g) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, 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.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.”

En puridad no nos encontramos ante una incompatibilidad, sino ante una prohibición para contratar, fundada en razones de moralidad pública que, a su vez, se asienta sobre los principios de objetividad e imparcialidad que presiden el ejercicio de todo cargo público. Pues, como pone de manifiesto la STS de 31 de mayo de 2004, en toda relación contractual se dan situaciones de intereses contrapuestos, propios de los contratos bilaterales, en las que no es posible actuar con la objetividad e imparcialidad que la ley requiere, si quien ejerce el cargo de concejal ostenta, a la vez, la condición de contratista en una relación contractual con la Corporación Local a la que pertenece.

El fundamento de esta prohibición de contratar ha sido identificado por la jurisprudencia en el sentido de que no basta con que la Administración contratante obre con total sometimiento a la legislación sobre contratación pública, sino que es preciso disipar toda duda sobre la corrección de la actuación administrativa. Y así, el Tribunal Supremo ha afirmado con énfasis que el fundamento del régimen de incompatibilidades en el ámbito de la contratación es preservar «la moralidad administrativa». Y, en apoyo de esta afirmación, se indicaba que: «De este modo, la STS de 6 de noviembre de 1989, declaró que “la prohibición de que se trata tiene por objeto no sólo dotar de claridad a la actuación administrativa, sino evitar en modo absoluto toda sospecha sobre la rectitud y moralidad en la actuación de todas las personas que intervienen en la vida pública”.

La LCSP determina por tanto la incompatibilidad del Alcalde/Concejal, con el

alcance establecido en los párrafos primero y segundo del transcrito artículo 71.1.g) de la LCSP. Conforme con ello, el último párrafo extiende la incompatibilidad para contratar a determinados familiares entre los que incluye a parientes en segundo grado de consanguinidad (padres, hijos y hermanos conforme a las reglas del artículo 918 del Código Civil) y afinidad. Sin embargo, esa incompatibilidad no es predicable en términos absolutos, sino que se condiciona a la existencia de vinculaciones personales y reales susceptibles de poner en peligro el componente de imparcialidad en las actuaciones llevadas a cabo por el órgano de contratación y por ende, el cumplimiento con los principios de no discriminación e igualdad de trato entre licitadores y de integridad que debe regir la contratación pública, esto es, como indica el inciso final del párrafo señala que se producirá “... cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.”

Sobre el alcance del concepto de conflicto de intereses, resulta ilustrativo el artículo 64 de la LCSP al señalar que:

“1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.”

Téngase presente que el precepto transcrito no contiene un concepto preciso de conflicto de intereses, sino que señala que podrá producirse cuando se pueda distorsionar la competencia o no se garantice la transparencia y la igualdad de trato entre los candidatos y licitadores. De manera la norma atribuye al órgano de contratación la obligación de determinar caso a caso y justificar en el expediente

si existe o no ese conflicto de intereses. Esa apreciación es de naturaleza fáctica, sin que haya lugar a otra calificación o consideración que la mera concreción de los hechos por los que el órgano considera que se produce el conflicto de intereses. Así resulta del tenor de la norma y así lo entiende la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el dictamen 11/18 : “Corresponderá al órgano de contratación, en virtud del apartado 1 del mismo artículo la obligación de examinar su concurrencia y de adoptar las medidas oportunas y ello con independencia de que de dicha situación se derive la posible existencia o no de una prohibición de contratar. Como se puede observar, nos encontramos ante situaciones que necesitarán el análisis ad hoc del órgano de contratación respecto a su existencia, caso por caso.”

En cuanto al **órgano de contratación**, es necesario acudir a la Disposición Adicional 2ª del TRLCSP, cuyo tenor literal es el siguiente:

« Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, de gestión de servicios públicos, los contratos administrativos especiales, y los contratos privados cuando su importe no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada».

Será por tanto el Alcalde, el órgano de contratación en los contratos cuyo importe no supere el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, correspondiendo al Pleno en los restantes casos. En ambos casos el Alcalde se verá afectado por la prohibición que el artículo 71.1 g) LCSP establece, haciéndose extensiva esta prohibición a cónyuge, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes en los términos previstos en el citado artículo.

II. DE LAS CAUSAS DE INCOMPATIBILIDAD PREVISTAS EN LA LOREG.

En el caso planteado debemos referirnos a la causa de incompatibilidad prevista en la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que resulta aplicable a los miembros de las Corporaciones Locales. Así el artículo 178 en el apartado 2.d) señala como incompatible con la condición de Concejal, la condición de *“Contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella*

dependientes”.

Los cargos electos de un Ayuntamiento no están incurso en incompatibilidad para celebrar contratos patrimoniales cuando estos contratos no sean financiados por el Ayuntamiento ni por entes dependientes del mismo.

El Tribunal Supremo ha declarado, en Sentencias de 28 de marzo de 2006 y 11 de mayo de 2007 que la prohibición de contratar no tiene carácter sancionador, si bien al ser un acto limitativo de derechos debe aplicarse ciertos principios y garantías propios del procedimiento sancionador y ser interpretadas restrictivamente según doctrina del Tribunal Constitucional (STC 61/1990, de 29 de marzo). La limitación que impone el artículo 178.2 d) LOREG, no supone una pérdida de derechos para el contratista en el caso de que quiera acceder a un cargo público, sino una salvaguarda del interés público y del principio de imparcialidad del artículo 103.3 CE, evitando un posible aprovechamiento del cargo de concejal en su propio beneficio.

Interesa destacar en este punto el pronunciamiento del Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de octubre de 1990, en el que resuelve el supuesto planteado en el que una Diputación Provincial compra por concurso un inmueble propiedad de un Diputado provincial. Y lo hace en contra del criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que había declarado nulo el contrato suscrito por entender que incurría en causa de incompatibilidad. El Tribunal Supremo considera en su sentencia, que la incompatibilidad "se refiere a la contratación para obras y servicios públicos, no para otra clase de contratos como los de arrendamiento, préstamo, depósito o compraventa, ya que en nada repugna a la moral, a la Ley, ni a la máxima transparencia que ha de presidir toda la actuación de la Administración, el que la misma, observando los requisitos y garantías que aquella exige, alquila o compre un inmueble a uno de sus funcionarios o a un miembro de la Corporación, siempre que los mismos se abstengan de intervenir en la formación de la voluntad del órgano cumpliendo su aludida obligación de abstención; y al igual que la Administración puede adquirir en arriendo un inmueble propiedad de un funcionario, de un Concejal, o de un Diputado de la Corporación, puede también comprarlo, previo el correspondiente concurso" (confróntese STS de 19 de febrero de 1982).

Conforme con este pronunciamiento del Supremo, sería posible considerar la proposición en la que un concejal es copropietario del bien ofertado siempre y cuando quede acreditado que el referido concejal no ha tenido ningún tipo de intervención y no ha obtenido por su condición de concejal, información privilegiada ni ventaja alguna respecto del resto de licitadores. La JCCA de Aragón,

mantiene idéntico criterio (por ejemplo, en su Informe 10/2010, de 15 de septiembre), ya que entiende que la remisión prevista en materia de bienes a la normativa aplicable en materia de contratación administrativa que se contiene tanto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas -LPAP-, como en el RD 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales -RBEL-, se hicieron pensando en el hoy derogado RDLeg 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -TRLCAP-, que sí incluía en su ámbito de aplicación a los negocios patrimoniales, mientras que a partir de la también derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público -LCSP-, se excluyeron expresamente, como pasa en la vigente LCSP 2017 (art. 9), de ahí que la JCCA de Aragón opine que dicha remisión carece de efectos.

Ahora bien, esta opción en base a la que podría admitir a trámite la proposición en la licitación objeto de consulta pudiera estar sujeta a divergencias interpretativas como se ha referido anteriormente, dado que existen multitud pronunciamientos jurisprudenciales en sentido contrario (STS 19 de febrero de 1982).

El contrato de compraventa es un contrato privado y su regulación está excluida de la aplicación de la LCSP 2017 (art. 9), rigiéndose por la legislación patrimonial. No obstante, según el art. 26.2 LCSP 2017, su preparación y adjudicación se rige por las normas de dicha LCSP 2017, y su ejecución, efectos y extinción por la legislación patrimonial y el derecho privado. **Siendo la adquisición de un inmueble un contrato a título oneroso financiado por el Ayuntamiento, que es quien debe pagar el precio, en opinión de quien suscribe debe sostenerse una posición rigurosa con base en la causa de incompatibilidad establecida en la LOREG y excluir, en consecuencia, de la licitación el bien del que es copropietario el concejal, máxime cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares para la adquisición del terreno para la construcción del centro residencial/centro de día se realiza por concurso público, esto es, no existe una necesidad pública de adquirir forzosamente el bien propiedad del concejal al existir otros bienes que satisfacen las exigencias contenidas en el referido pliego.**

IV. CONCLUSIÓN

De conformidad con las consideraciones expresadas en el presente informe es parecer de quien suscribe que en el supuesto planteado, para la salvaguardia del interés público y la imparcialidad en el actuar de la Administración, debe inadmitirse en la licitación la oferta del terreno del que es copropietario un

concejal de la Corporación municipal conforme a la previsión contenida en el artículo 178.2 d) de la LOREG al tratarse de un contrato financiado con fondos municipales.

Este es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo solicitado por el Ayuntamiento de _____, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

En Badajoz, 2022