



ASUNTO: CONTRATACIÓN/CONCESIONES

**Legalidad de la adjudicación de la explotación de la
cafetería-bar de la Piscina Municipal, a un hijo de un
miembro corporativo.**

191/13

EP

INFORME

I. HECHOS. ANTECEDENTES

Solicitud X.06.2013 del Alcalde de XX en escrito formato de esta Oficialía Mayor interesando informe urgente sobre el asunto epigrafiado.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Constitución Española (CE)
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG)
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.(LRJPAC)



III. FONDO DEL ASUNTO

Primera. La competencia del Estado para dictar las bases en materia de contratación administrativa se fundamenta en el artículo 149.1.18ª Constitución Española (Sentencias del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril de 1993 y 331/93, de 12 de noviembre de 1993). En la materia objeto de consulta es aplicable el artículo 60.1.f del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, trasunto del art. 49.1.f) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público —como su equivalente artículo 20.e) del derogado Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 178.2.d) de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.

La redacción del artículo 60.1.f) no da lugar a duda alguna: Existe prohibición de contratar con el Ayuntamiento para sus cargos electivos, es decir, Concejales, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, cuyo artículo 178 establece como causa de incompatibilidad con la condición de Concejala la de ser «contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes».

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación Legal.

Desde el punto de vista subjetivo, esta incompatibilidad se extiende al Alcalde y a los Concejales (miembros corporativos), según resulta del artículo 196 de la propia Ley Electoral, así como a su cónyuge y descendientes sujetos a patria potestad, por el citado artículo 60.1.f) del TRLCSP; pero no afecta a personas con otra relación de parentesco, como puede ser la madre y el hermano. Así lo ha declarado en numerosas ocasiones la JCCA (Informe 21/2000, de 6 de julio; Informe 37/98, de 16 de diciembre, e Informe 60/96, de 18 de diciembre, entre otros).



Segunda. A efectos meramente ilustrativos nos referimos a la postura contundente que adopta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con el tema objeto del presente, y que directa o por extensión sería de tener en cuenta, así:

- Informe 48/03, de 12 de marzo de 2004.

«Incompatibilidades de Concejales para ser adjudicatarios de contratos de arrendamiento de fincas rústicas y régimen de prórrogas de estos contratos»:

«3. En cuanto a la cuestión de incompatibilidad se desdobra en el escrito de consulta en el aspecto relativo a la aprobación de nuevos pliegos de condiciones y a la adjudicación de nuevos contratos de arrendamientos. El primer aspecto no aparece regulado expresamente en la Legislación de contratos de las Administraciones Públicas y deberá ser resuelto de conformidad con las normas generales de procedimiento y, en particular, con las normas sobre abstención y recusación que se consagran en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, sin que por la falta de datos que se observa sobre el contenido de los pliegos, puedan realizarse mayores precisiones en este punto. En cuanto a la prohibición de contratar o incompatibilidad para ser adjudicatario de contratos de arrendamiento de fincas rústicas los Concejales, sus cónyuges e hijos hay que remitirse a nuestros informes de 21 de diciembre de 1999 (expediente 52/99), reproducido en el de 17 de noviembre de 2003 (expediente 45/03) en los que se declara que un «contrato de arrendamiento de un bien inmueble de propiedad Municipal, en el que figura como arrendador el Ayuntamiento y como inquilino o arrendatario un Concejal no tiene encaje en el artículo 178 de la Ley Electoral General y, por tanto, en el artículo 20, letra c), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas si se tiene en cuenta que en este caso concreto el contrato no es financiado por el Ayuntamiento, ni por establecimiento del mismo dependiente, sino que es el Concejal, mediante el cumplimiento de su obligación de pago de la renta, el que está, en cierto modo financiando al Ayuntamiento, desapareciendo un elemento básico de la incompatibilidad, cual es el de que los Concejales, vía contractual, perciban fondos del Ayuntamiento.» En consecuencia procede sostener que la incompatibilidad prevista en el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General y por remisión al mismo en el artículo



20, letra c), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no resulta aplicable en contratos de arrendamiento de fincas rústicas de propiedad Municipal a Concejales, sus cónyuges y sus hijos.

- Informe 48/2005 de 24 de marzo de 2006 e Informe 53/2005, de 19 de diciembre de 2005.

«Incompatibilidad de los Concejales, de sus hermanos e hijos para contratar con las Administraciones Públicas»

«1. La cuestión de las incompatibilidades para contratar con las Administraciones Públicas de alcaldes, Concejales y funcionarios, ha sido una de las que con más frecuencia se ha suscitado ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes, entre otros, de 16 de febrero y 8 de junio de 1994, en relación con la anterior Legislación de contratos del Estado e informes de 18 de diciembre de 1996, 17 de marzo de 1999, 30 de enero de 2002, 12 de marzo y 12 de noviembre de 2004 y 26 de octubre de 2005; expedientes 3/94, 4/94, 60/95, 5/99, 45/01, 48/03, 39/04 y 35/05). 2. Respecto a la cuestión de incompatibilidad de Concejales y sus cónyuges, a la que se refiere la presente consulta, los criterios reiteradamente expuestos por esta Junta pueden resumirse de la siguiente manera: — La norma de la que hay que partir, en este extremo, es la de la letra e) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y dentro de ella, para los Concejales, la del artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General. — No resulta de aplicación, por su derogación expresa por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el artículo 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales. — La incompatibilidad se extiende a los contratos patrimoniales y a las personas que expresamente cita el párrafo segundo de la letra e) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es decir, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia efectiva y descendientes de las personas a que se refiere el párrafo anterior, siempre que respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación Legal. 3. A la vista de los anteriores criterios, debe sostenerse que la incompatibilidad resultante del artículo 20 letra e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 178 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, nunca alcanza a los hermanos y, respecto a los hijos y demás descendientes solo cuando los incompatibles, en este caso un Concejal,



ostenten su representación Legal, lo que no sucede en el presente caso en el que, como expresamente se afirma, el hijo es mayor de edad, emancipado y con patrimonio propio, sin que la representación Legal pueda derivarse de la circunstancia de que el hijo conviva con el Concejal. Por lo que respecta al propio Concejal ya hemos indicado que, derogado el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y, por tanto, su artículo 5, por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la incompatibilidad de Concejales no puede apreciarse por la circunstancia de su participación en sociedades mercantiles sino por la única exigencia que resulta del artículo 178 de la Ley Electoral General, de que la financiación del contrato corra a cargo, total o parcialmente de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes...»

Tercera. El deber legal de abstención incumbe a todas las Autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, independientemente del tipo de relación que les una a ellas, en aras de la imparcialidad y objetividad de la acción administrativa. Consiste en la obligación de no intervenir en un procedimiento administrativo cuando se considere que se puede estar afectado por alguno de los motivos tasados por la Ley, debiendo comunicar tal circunstancia al superior jerárquico para que este resuelva lo procedente: bien sustituir al afectado, o bien autorizar su participación en el procedimiento, por estimar que tal causa de abstención es irrelevante o que no concurre en efecto. En el caso de que el afectado no se abstenga espontáneamente, cualquier interesado puede instar su renuncia a intervenir en cualquier momento del procedimiento (ejerciendo el derecho a la recusación), pudiendo también los superiores jerárquicos ordenar a las personas incursas en los motivos de abstención señalados que renuncien a intervenir en el expediente.

Los motivos legales que generan el deber de abstención son los siguientes: tener interés personal en el asunto en cuestión o en otro cuya resolución pudiera influir en la de aquel, ser Administrador de una Sociedad o Entidad interesada en el procedimiento o tener una cuestión litigiosa pendiente (de cualquier orden, incluso extrajudicial) con algún interesado en el procedimiento en cuestión; tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo con cualquiera de los interesados, con los Administradores o asesores, representantes Legales o mandatarios de las Sociedades interesadas que intervengan en el procedimiento; compartir despacho profesional o estar asociado con aquellos para la representación, el



asesoramiento o el mandato en general; tener amistad íntima o enemistad manifiesta con el interesado, sus asesores, representantes o mandatarios; haber intervenido como perito o testigo en el procedimiento de que se trate; tener relación de servicio con una persona natural o Jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

CONCLUSIÓN

Respecto al miembro de la Corporación Municipal, y la situación de su hija como posible adjudicataria del contrato de explotación de la cafetería bar de la Piscina Municipal, debemos tener en cuenta:

a) Que el hijo del miembro corporativo se encuentre bajo la patria potestad de éste y el mismo ejerza sobre aquella su representación legal, en cuyo caso, entendemos que existe plena incompatibilidad y en su consecuencia aquella no podrá contratar con el Ayuntamiento, o

b) Que el hijo del miembro de la Corporación Municipal no se encuentre bajo la patria potestad de éste y por tanto no ejerza sobre la misma representación alguna, en cuyo caso, consideramos que no hay ninguna causa de incompatibilidad, pero esta relación de parentesco, Miembro de la Corporación Municipal-Hijo, le obligará a abstenerse de intervenir en el procedimiento bajo sanción de recusación (artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992) con el objeto de evitar una posible anulación del procedimiento.

Badajoz, junio de 2013.
