

## **Informe 62/09, de 26 de febrero de 2010. «Incompatibilidad de concejales en contratos patrimoniales».**

Clasificación de los informes: 6. Prohibiciones para contratar. 6.2. Incompatibilidades

### **ANTECEDENTES**

El Alcalde del Ayuntamiento de Miranda de Ebro (Burgos) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa por medio de un escrito con el siguiente texto:

*"D. FERNANDO CAMPO CRESPO, Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Miranda de Ebro (Burgos) y Presidente de la Empresa Municipal de la Vivienda de Miranda de Ebro, S.A. (en adelante, VIRANDA), formula consulta a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, con base en los siguientes*

#### **ANTECEDENTES**

*1.-Una persona que actualmente es Concejala de este Ayuntamiento y, en su calidad de tal, perteneciente a la Junta General de VIRANDA, solicitó en el año 2005, cuando todavía no tenía la condición de Concejala, una vivienda protegida en una de las promociones de viviendas con tal carácter que está desarrollando la citada sociedad, de capital íntegramente municipal.*

*2.-El sorteo para la adjudicación de las viviendas se llevó a cabo el día 25 de junio de 2006, siéndole notificada su adjudicación el día 11 de junio de 2007. La referida Concejala tomó posesión, junto con el resto de la Corporación, el 16 de junio de 2007.*

*3.- En estos momentos, una vez finalizadas las obras y otorgada la calificación definitiva, procede la firma del contrato privado y posteriormente de la escritura pública de compraventa.*

*Se plantean dudas a este Ayuntamiento, ya que el artículo 49.1.f) de la vigente Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público señala que no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concorra alguna de las circunstancias siguientes: (...) 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.*

*A su vez, el art. 178.2.d) de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, señala que son incompatibles con la condición de Concejales los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes.*

*Como hemos señalado en los antecedentes, el contrato cuestionado tiene (o tendrá) la naturaleza de contrato privado, en este caso patrimonial. En este sentido, varios informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ponen el acento en el dato de que el contrato sea financiado o no por la Administración. Así, el informe 48/03, de 12-3-2004, señala que "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."*

*Idéntica opinión se sostiene en el informe 30/04, de 7-6-2004.*

*No obstante, la Junta Electoral Central no comparte esta interpretación: así, en consulta sobre incompatibilidad de la condición de concejal con la adjudicación del arrendamiento de un local municipal, informa con fecha 10 de noviembre de 2005, que "Con independencia de lo previsto en la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas, la causa de incompatibilidad en dicha materia de la condición de concejal es la prevista en el artículo 178.2 de la LOREG, que dispone que son incompatibles los contratistas o subcontratistas de contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes."*

*El Tribunal Supremo extiende asimismo los efectos de la prohibición a cualquier contrato que celebre la Administración, en su sentencia de 4 de julio de 2006, en el caso de un contrato también de carácter patrimonial, la venta por subasta de una parcela municipal.*

*Por ello, ante la disparidad de criterios existentes, se formula consulta a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a fin de que se emita dictamen sobre los siguientes aspectos:*

*1).-Si, en general, los miembros de la Corporación están o no afectados por incompatibilidad para suscribir contratos de naturaleza patrimonial con el Ayuntamiento o establecimientos de ellos dependientes, en los que el contrato no es financiado por el Ayuntamiento, ni por establecimiento del mismo dependiente.*

*2).-Caso de que la respuesta a la primera pregunta sea afirmativa, si, en el supuesto expuesto en los antecedentes, la citada Concejala está o no afectada por causa de incompatibilidad para la firma de contrato de compraventa de una vivienda protegida promovida por la Empresa Municipal de Vivienda, teniendo en cuenta que cuando formuló su solicitud de acceso a vivienda protegida, y cuando se celebró el sorteo en virtud del cual le fue adjudicada la vivienda, no reunía la condición de Concejala de este Ayuntamiento.*

*Con esta fecha, se solicita asimismo dictamen de la Junta Electoral Central en los mismos términos expuestos en la presente consulta."*

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

1. La consulta formulada por el Alcalde del Ayuntamiento de Miranda de Ebro (Burgos) plantea dos cuestiones relacionadas entre sí.

La primera se refiere a si los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General de un Ayuntamiento están o no incurso en incompatibilidad para suscribir contratos patrimoniales con este último cuando estos contratos no sean financiados por el Ayuntamiento ni por establecimientos dependientes del mismo.

La segunda cuestión plantea si estaría incurso en incompatibilidad una concejala que resulta adjudataria de una vivienda protegida, con anterioridad a la toma de posesión de su cargo, y que durante su mandato ha de proceder a la firma del contrato privado de compraventa de la citada vivienda. Esta última pertenece a una promoción de una empresa de capital social íntegramente propiedad del Ayuntamiento.

2. Con carácter preliminar hay que determinar en primer lugar cuál es el régimen jurídico aplicable a un contrato que tiene por objeto la compraventa de una vivienda protegida previamente adjudicada mediante sorteo y cuya construcción ha sido promovida por una sociedad cuyo capital social es íntegramente municipal.

En este sentido el artículo 4.1.p) de la Ley de Contratos del Sector Público califica los contratos de compraventa sobre bienes inmuebles como contratos privados, y dispone que éstos se regirán por la legislación patrimonial. Queda así excluida la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, debiendo acudir a estos efectos a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, a su Reglamento General y, en cuanto se refiere a las Corporaciones Locales, al Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. No obstante, estas normas no contienen previsión alguna en materia de prohibiciones de contratar. Ante esta laguna jurídica la Junta Consultiva en reiterada doctrina ha entendido de aplicación a los contratos patrimoniales el artículo 49 de la Ley de Contratos del Sector Público, por vía de lo dispuesto en el artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales.

3. El artículo 49.1.f) de la Ley de Contratos del Sector Público establece la prohibición de contratar con el sector público de las personas físicas que sean cargos electivos regulados en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, "en los términos establecidos en la misma".

La Ley Orgánica de Régimen Electoral General en su artículo 178.2.d) dispone 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".

4. Las dos cuestiones planteadas por el Alcalde de Miranda de Ebro en síntesis se refieren a cuándo y cómo actúa la causa de incompatibilidad que recoge el artículo 178.2.d) de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.

5. En lo que respecta al cuándo está un concejal incurso en la situación de incompatibilidad a que se refiere el artículo 178.2.d) de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, procede hacer las siguientes consideraciones.

Recordemos que el citado artículo dispone que se encuentran en situación de incompatibilidad: "los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes".

La Junta Consultiva en su dictamen 6/92, entre otros, ha entendido que "desde el punto de vista de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, la única incompatibilidad existente para los concejales en materia de contratación existe exclusivamente para los contratos financiados total o parcialmente a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes".

La literalidad del artículo y su interpretación por parte de la Junta Consultiva dan respuesta a la primera cuestión planteada por el Alcalde del Ayuntamiento de Miranda de Ebro. Así los cargos electos regulados en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General de un Ayuntamiento no estarían incursos en incompatibilidad para suscribir contratos patrimoniales con este último cuando estos contratos no sean total o parcialmente financiados por el Ayuntamiento ni por establecimientos dependientes del mismo.

6. La dificultad radica en determinar qué contratos son financiados por el Ayuntamiento o sus establecimientos dependientes y cuáles no.

En este sentido esta Junta Consultiva en numerosos dictámenes ha sentado el criterio de que si el Ayuntamiento es quién recibe los fondos, cantidades o rentas del contratista concejal, en ese caso no habría incompatibilidad. Así en los informes 52/99 (en relación con un contrato de alquiler de un bien inmueble de propiedad municipal) y 07/98 (en relación con un contrato de aprovechamiento de un bien comunal) esta Junta Consultiva entendió que "se hace difícil apreciar un supuesto de incompatibilidad, al faltar el requisito de que el contrato esté financiado, total o parcialmente por la entidad local, al ser el adjudicatario el que deberá abonar una cantidad a esta última, como entidad adjudicadora del contrato".

En el caso de un contrato de compraventa de una vivienda protegida el comprador presumiblemente ha de realizar el pago del precio a la sociedad de capital social íntegramente municipal. Ello, en aplicación de la doctrina sentada por esta Junta Consultiva, debe conducirnos a la conclusión de que ni el Ayuntamiento ni la sociedad por él participada financian el contrato. No obstante, en este caso no podemos limitarnos a aplicar el criterio sentado en los informes 52/99 y 07/98 para casos sustancialmente distintos, debiendo ir más allá.

En este sentido procede traer a colación el informe 48/09 que el Alcalde de Miranda de Ebro cita en su escrito de consulta. En el mismo esta Junta Consultiva afirmó que un elemento básico de la incompatibilidad es que los concejales, vía contractual, perciban fondos del Ayuntamiento. Así, más allá de que el contrato que nos ocupa implique el pago de un precio al Ayuntamiento o a su sociedad, debemos analizar si en su conjunto el contrato se concreta en un traslado de fondos o, en definitiva, de riqueza del Ayuntamiento o de su sociedad a la concejala. Dicho análisis debe hacerse en dos estadios.

En primer lugar, habría que detenerse a calcular si el precio de adquisición de la vivienda protegida compensa al Ayuntamiento o a su sociedad por la inversión realizada para la adquisición del solar y la construcción del inmueble.

Si se llega a la conclusión de que el precio es inferior a la parte proporcional de la inversión realizada, de tal forma que el Ayuntamiento o su sociedad estuvieran financiando de forma indirecta el contrato, por la vía de una subvención, el contrato de compraventa de la vivienda en cuestión y, por lo tanto, su compradora podrían estar afectados por lo dispuesto en el artículo 178.3 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, es decir en una situación de incompatibilidad, debiendo, en consecuencia, bien renunciar a su cargo público o bien a la celebración del contrato. Recordemos que esta última norma reza como sigue: "cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de Concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior (artículo 178.1.d), entre otros) dé origen a la referida incompatibilidad".

Sin embargo, en el caso contrario, es decir cuando el importe de la construcción de la vivienda resultara compensada, al menos teóricamente, con su precio de venta, la conclusión a

que deberíamos llegar sería exactamente la contraria, pues al no existir en tales casos financiación del Ayuntamiento o de su sociedad participada, podría considerarse aplicable el supuesto contemplado en el artículo 178.2, d)

7. En lo que respecta al momento en que debe apreciarse la concurrencia de la situación de incompatibilidad procede hacer las siguientes consideraciones.

El contrato de compraventa se perfecciona por el consentimiento, (artículo 1278 del Código Civil en relación el 1261 del mismo texto legal), es decir desde que se produce el necesario encuentro de voluntades.

Por otra parte, las causas de incompatibilidad, por su propia naturaleza, son de aplicación justo en el momento en que se perfecciona el contrato. A partir de ese instante procedimental la situación de incompatibilidad que pueda producirse por la ulterior adquisición de la condición de concejal no puede implicar la incompatibilidad para contratar. Ello se debe a que ya se ha perfeccionado el contrato y consiguientemente, han nacido las obligaciones derivadas del mismo.

Esta conclusión debe llevarnos a la consideración de que existiendo ya el contrato, el otorgamiento de la escritura pública es un acto formal que no produce efectos respecto del contrato previamente perfeccionado, sin perjuicio de que pueda producirlos respecto de la transmisión de la propiedad de bien vendido tal como prevé el artículo 1462, párrafo segundo, del Código Civil: *"Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario"*.

## **CONCLUSIONES**

1. Los cargos electos de un Ayuntamiento no están incurso en incompatibilidad para celebrar contratos patrimoniales con éste último cuando estos contratos no sean financiados por el Ayuntamiento ni por establecimientos dependientes del mismo, todo ello de conformidad con la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.

2. En todo caso, la incompatibilidad deberá apreciarse en el momento en que se perfecciona el contrato por lo que la causa existente en el momento del otorgamiento de la escritura pública de venta, no tendrá efecto si el contrato se hubiera perfeccionado con anterioridad a la concurrencia de la misma.